



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
INSTITUTO CEUB DE PESQUISAS E DESENVOLVIMENTO - ICPD
PROGRAMA DE MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO

DANILO GUSTAVO VIEIRA MARTINS

O DELITO DE DESERÇÃO EM TEMPO DE PAZ: uma proposta de
descriminalização fundada no minimalismo garantista

BRASÍLIA – DF
2016

DANILO GUSTAVO VIEIRA MARTINS

O DELITO DE DESERÇÃO EM TEMPO DE PAZ: uma proposta de
descriminalização fundada no minimalismo garantista

Dissertação apresentada ao Centro Universitário de
Brasília – CEUB, para obtenção do Título de Mestre
em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Professor Doutor Antonio Henrique
Graciano Suxberger

BRASÍLIA - DF
2016

DANILO GUSTAVO VIEIRA MARTINS

O DELITO DE DESERÇÃO EM TEMPO DE PAZ: uma proposta de
descriminalização fundada no minimalismo garantista

Relatório final, apresentado ao Centro Universitário
de Brasília – CEUB, como parte das exigências para
obtenção do Título de Mestre.

Brasília, DF. _____ de _____ de 2016

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Antonio Henrique Graciano Suxberger
Orientador

Professor Doutor Bruno Amaral Machado
Avaliador

Professor Doutor André Vinícius Espírito Santo Almeida
Avaliador

V183d

Vieira Martins, Danilo Gustavo

O delito de deserção em tempo de paz: uma proposta de descriminalização fundada no minimalismo garantista / Danilo Gustavo Vieira Martins. Brasília, 2016.

160 f.

Orientador: Antonio Henrique Graciano Suxberger.

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário de Brasília – CEUB, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, 2016.

1. Descriminalização. 2. Deserção. 3. Direito Penal Militar. 4. Forças Armadas. 5. Garantismo Penal. 6. Políticas Públicas. I. Graciano Suxberger, Antonio Henrique, orient. II. Título.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. DO MINIMALISMO GARANTISTA.....	13
1.1 Dos objetivos do minimalismo garantista e o papel de tutela dos direitos fundamentais.....	38
1.2 Da lesividade do delito	61
1.3 Do desvirtuamento da prisão processual	72
2. DA DESERÇÃO EM TEMPO DE PAZ	78
2.1 Da deserção quanto à hierarquia	87
2.2 Da deserção quanto aos tipos penais	94
2.3 Dos delitos relacionados à deserção.....	111
3. DA DESERÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO	117
3.1 Dos dados de atuação do sistema de justiça sobre a deserção na JMU	121
3.2 Dos possíveis fatores motivacionais da prática da deserção	125
3.3 Do licenciamento do desertor no curso da ação penal	132
4. DELIMITANDO A DESERÇÃO À LUZ DO MINIMALISMO GARANTISTA.....	142
4.1 Do minimalismo garantista como reclamo de descriminalização da deserção..	150
4.2 Da lesão provocada pela deserção	158
4.3 Da culpabilidade do desertor e a medida de retribuição penal.....	160
4.4 Do tempo entre a prática da deserção e a resposta penal.....	162
CONCLUSÕES	165
REFERÊNCIAS	184

RESUMO

A Teoria Garantista Penal proposta por Luigi Ferrajoli figura como um modelo ideal, como critério ou instrumento de valoração e de correção do sistema jurídico, apontando as falhas ou as lacunas do Direito Penal e Processual em vigor. Não deve ser considerada, como um instituto em favor do acusado, nem tão pouco como uma proposta de abolicionismo penal. O Sistema Garantista apresenta uma conformação legal, apoiada por critérios de natureza substancial, para a consecução de um Direito Penal mínimo. Nesse universo, desenhado pelo Garantismo Penal, o delito de deserção se mostra como uma oportunidade singular à reflexão acadêmica. A deserção constitui um delito de natureza propriamente militar exigindo do agente a condição de militar. Essa infração penal consiste no ato de romper, por vontade própria, a ligação que tem com a Força Militar, afastando-se sem justificativa legal, dentro de certas circunstâncias de tempo. Interliga vários aspectos de caráter administrativo, não constitui, um fato típico isolado, traz complementos e critérios de natureza administrativa militar. De posse do trabalho estatístico elaborado pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União, do Superior Tribunal Militar, que mapeou as condutas delitivas, ocorridas nos últimos doze anos no âmbito das Forças Armadas, verifica-se que o delito de deserção compreende a infração penal de maior incidência. Merece, pois uma análise jurídico-doutrinária, que autorize sua concepção sob os moldes garantistas, como fruto de um esforço concentrado à solução do problema, sem se afastar dos aspectos legais, visando à efetividade da questão, tanto para o desertor, como para as Forças Armadas.

PALAVRAS-CHAVE: Descriminalização. Direito Penal Militar. Deserção. Forças Armadas. Garantismo Penal. Políticas Públicas.

ABSTRACT

In Criminal theory proposed by Luigi Ferrajoli, figure as an ideal model, as a criterion or valuation tool and correction of the legal system, pointing out the flaws or shortcomings of criminal law and procedural law in force. Should not be considered as an Institute in favor of the defendant, nor as an offer of abolitionism. The Abstract System offers a nice conformation, supported by substantial nature, criteria to achieve a minimum criminal law. In this universe designed by criminal offense Garantismo defection presents itself as a unique opportunity to academic reflection. Desertion is an offence of actual military nature requiring the agent military condition. This criminal offense is the Act of breaking up, willingly, with military force away without legal justification, in certain circumstances of time. Interconnects various aspects of administrative character, is not a typical isolated fact, get add-ons and administrative military criteria. The statistical work prepared by the Centre for Judicial Studies of military justice of the Superior Court, Union military, which mapped the criminal conduct that occurred in the last 12 years in the framework of the armed forces, it turns out that the offence of desertion understands the criminal infringement of a higher incidence. Deserve, because legal and doctrinal analysis, authorizing your design under garantistas, sizers as the result of a concentrated effort to the solution of the problem, without straying from the legal aspects, aiming at the effectiveness of question, both for the deserter, as for the armed forces.

KEYWORDS: *Descriminalization. Military criminal law. Desertion. Armed Forces. Garantism criminal. Public Policy.*

INTRODUÇÃO

O Sistema Garantista Penal propugnado por Luigi Ferrajoli (2014) apresenta-se como um modelo idealizador do qual o Direito Penal e Processual Penal podem mais ou menos se aproximar representa, pois uma meta permanente a ser perseguida com o intuito de dar cumprimento e assegurar as garantias individuais e os direitos fundamentais dos cidadãos e da coletividade. Pode-se dizer que esse modelo se apresenta como critério ou instrumento de valoração e de correção do sistema jurídico em vigor.

Não se pode, todavia, entender que esse Sistema seja considerado um instituto em favor do agente desviante, nem tão pouco como uma proposta de abolicionismo penal. Contrariamente, a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli (2014) apresenta uma conformação para um Direito Penal mínimo. Propõe a legitimidade da intervenção penal, desde que observadas as limitações estabelecidas pela Constituição em vigor, traduzindo-se num correto Estado constitucional e democrático de Direito.

Luigi Ferrajoli (2014) assevera que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientando o operador do Direito a respeito de outros modelos de Direito Penal historicamente concebidos e realizados, que asseguram o máximo grau de racionalidade e de confiabilidade do juízo.

Apresenta-se, pois, por um discernimento normativo e principiológico de limitação do poder punitivo e de tutela do indivíduo contra as possíveis arbitrariedades advindas do Poder Público. Dentro desse universo delineado pelo Sistema Garantista, o delito de deserção identifica-se como uma oportunidade singular à reflexão acadêmica.

Esse trabalho tem por escopo confrontar a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli (2014) com os casos de deserção processados e julgados pela Justiça Militar da União. Assim sendo, sua proposta precípua constitui apurar a viabilidade de se considerar a infração penal em comento não mais como crime militar, mas sim como uma infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares -, como fator de efetividade legal no trato da questão e, principalmente, de respeito aos direitos fundamentais do agente desviante e de dar esteio a segurança jurídica que a comunidade militar anseia.

A deserção constitui um delito de natureza propriamente militar, exige do agente a condição de militar em situação de atividade. Essa infração penal corresponde ao ato de romper, por vontade própria, a ligação que tem com a Força Militar, afastando-se sem justificativa legal, dentro de certas circunstâncias de tempo e de lugar.

A prática da deserção se interliga com vários aspectos de caráter administrativo, portanto, não se perfaz em si mesma. De maneira oposta, traz em seu bojo complementos e critérios de natureza administrativa que deverão ser levantados, examinados e apresentados pela Administração Militar à Justiça Militar da União. A deserção viola 2 (dois) bens juridicamente tutelados pelo Direito Penal Militar, quais sejam, o serviço e o dever militares.

O agente do delito menospreza o compromisso assumido perante a Força Armada que se vinculou, coloca seus interesses particulares à frente das necessidades da Organização Militar que serve. Desconsidera, pois, os valores militares não só cultuados pelos membros das Forças Armadas como mera expressão de classe, mas como requisitos básicos ao convívio militar.

Frente à realidade funcional em que estão inseridos os Comandos Militares e preocupado em mapear as condutas delitivas no âmbito das Forças Armadas, o Superior Tribunal Militar, nos anos de 2013 e 2014, por intermédio de seu Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União, realizou uma pesquisa de cunho institucional. Essa pesquisa auferiu as condutas criminosas colocadas sob a responsabilidade das Auditorias Militares e do próprio Tribunal, ocorridas no período de 2002 até o 1º semestre de 2014.

A pesquisa apontou quais foram as infrações penais perpetradas no período recenseado e a sua classificação levando em conta o número de ocorrências por infração. Retratou também, em algumas hipóteses, o perfil do agente do delito, como foi o caso da deserção. Ao final, propôs à adoção de medidas colaborativas em favor das Forças Armadas, visando à compreensão das incidências penais e da tipologia desses crimes.

O resultado da pesquisa reforçou, ainda mais, o propósito de elaboração do presente estudo. Dentro do espaço temporal recenseado, o crime de deserção representou um percentual de 25% (vinte e cinco) por cento, do total dos delitos autuados. Já em relação aos crimes de maior incidência, a deserção alcançou um percentual ainda maior, qual seja, 50% (cinquenta) por cento.

Como delito de maior incidência, no âmbito da Justiça Militar da União, nos últimos 12 (doze) anos, seguramente, merece uma análise filosófico-jurídica que autorize sua concepção sob os moldes garantistas, como fruto de um esforço concentrado à solução do problema sem se afastar dos aspectos legais, visando dar efetividade no trato da questão, tanto em relação ao agente como às Forças Armadas.

O cerne do presente estudo não se alinha sobre a maior ou menor importância de apuração dos delitos de deserção. Pelo contrário, perfila sua consecução sobre a consideração se essa infração penal, em tempo de paz, pode deixar de ser considerada como crime para tomar o viés de infração disciplinar - contravenção ou transgressão disciplinares. Nessa hipótese, o delito de deserção deixaria de passar pelo crivo de apreciação do Poder Judiciário Castrense, para se balizar por meio do âmbito administrativo disciplinar.

É importante consignar, também, que a pesquisa e a análise pretendidas para esse trabalho não se justificam apenas porque a deserção constitui o delito de maior incidência, mas visa, especialmente, questionar a viabilidade de respostas diversas da esfera penal que permitam cumprir as razões de tutela do bem jurídico, bem como dar efetividade na garantia dos direitos fundamentais do agente e da segurança jurídica esperada pelos membros da Unidade Militar onde a deserção ocorreu.

A questão em estudo será delimitada apenas para a deserção praticada em tempo de paz, ou seja, dentro da rotina normal empreendida no dia a dia dos Quartéis brasileiros. Por esse ângulo, pretende-se verificar se a deserção inserida na rotina militar pode, sem maiores entraves, ser conduzida de modo que a sua apuração esteja vinculada a um procedimento interno de cunho administrativo militar sem, contudo, se afastar das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Entende-se que dentro da sistemática proposta, principalmente quanto aos aspectos de garantia da segurança jurídica institucional e da salvaguarda dos direitos fundamentais do agente desviante, as Forças Armadas devem contar com uma equipe de profissionais que apresentem capacidade técnica, administrativa e jurídica suficientes para lidar com a referida situação sem que com isso firam qualquer regra ou princípio constitucional vigente.

É notório que no âmbito militar já ocorreram inúmeras contravenções ou transgressões disciplinares de natureza similar à deserção. Via de regra são devidamente apuradas e processadas pela Administração Militar, de maneira a preservar a ordem e a seguridade do bom andamento das atividades militares. Essa apuração ocorre na própria Unidade Militar onde o agente está lotado. Permite que, todos ou pelo menos a maioria de seus componentes tenham acesso e possam compreender o processo de apuração da infração disciplinar.

Não como algo distante e inacessível, a compreensão da comunidade militar, colocado a parte e sob a responsabilidade exclusiva da Justiça Militar da União, como

acontece com os casos de deserção. Mas como um objeto acessível e, principalmente, compreensivo quanto aos efeitos deletérios em desfavor da Unidade Militar, e as respectivas consequências jurídicas aos seus agentes, permitindo, assim, uma ponte cognitiva que dá significado a sanção aplicada e ao ato infracional praticado.

O tempo expedito de processamento, de apuração e de decisão nos processos administrativos disciplinares, sem desprezar as garantias constitucionais de defesa do agente, autoriza uma resposta célere à solução do problema. Viabiliza, pois, uma concepção clara aos membros da Unidade Militar em relação ao vínculo entre a infração disciplinar e a punição administrativa aplicada.

Luigi Ferrajoli (2014) assevera que a aplicação do Direito Penal deve se restringir aos casos de extrema necessidade – subsidiariedade da lei penal -, onde há efetividade na violação dos direitos fundamentais individuais ou coletivos. Tudo que possa ser resolvido pelas demais esferas do Direito, segundo o autor italiano poderia ser delegado a outras instâncias jurídicas e institucionais, pois com maior eficiência, eficácia e efetividade se resolveria a questão, sem ter que se valer da *longa manus* penal do Estado para solução de tais mazelas.

Indiscutivelmente, o delito de deserção pode causar prejuízo ao bom andamento do serviço militar. Todavia, o que se pretende verificar é a viabilidade ou não de se apreciar a deserção não mais como crime, mas como uma falta administrativa. Visando, inclusive, apontar os benefícios da aplicação da sanção disciplinar mais próxima do ato, para que tanto o agente como a comunidade militar que participa dos acontecimentos possa relacionar a pena aplicada com a ação perpetrada.

Na atual conjuntura, de certo modo, isso não tem sido possível oferecer aos casos de deserção em razão do tempo médio que leva para solucionar a questão, tendo como referencial o tempo transcorrido entre a prática do delito, sua autuação e o seu respectivo julgamento na Justiça Militar da União.

A pesquisa institucional realizada pelo Superior Tribunal Militar apontou que, em média, um processo de deserção leva 10 (dez) meses para ser julgado em Primeira Instância, todavia é importante ressaltar que essa pesquisa não levou em conta também o tempo médio que o processo permanesse em grau de recurso no Tribunal, o período para a realização da Instrução Provisória de Deserção, bem como o tempo que militar fica na condição de trânsito.

Pretende-se, portanto, apresentar fundamento filosófico-jurídico que autorize expressar uma proposta de descriminalização da deserção, com base no minimalismo penal proposto por Luigi Ferrajoli (2014), dando efetividade na solução do problema, sem se afastar dos preceitos constitucionais em vigor.

Em outras palavras, pretende-se demonstrar uma compreensão teórica e prática do tema, aspirando colaborar com as Forças Armadas na lida do problema. Seguramente, a deserção prejudica o bom andamento das atividades militares, acima de tudo, desfoca a atenção e desvia o esforço militar para uma atividade que não compreende sua missão constitucionalmente estabelecida.

O estudo estará circunscrito em quatro capítulos. O primeiro capítulo apresenta uma análise abrangente do Sistema Garantista proposto por Luigi Ferrajoli (2014). Dar-se-á ênfase à questão do minimalismo penal como forma de justificação para que a aplicação do Direito Penal fique restrita à tutela dos bens que configuram, exclusivamente, como direitos fundamentais.

Procurou-se também abordar a questão da proporcionalidade entre a sanção aplicada ao desertor e a efetiva lesão produzida aos bens jurídicos tutelados, a culpabilidade do desertor em face do contexto geral da deserção, bem como os critérios de efetividade temporal na apuração da infração e a aplicação da respectiva sanção penal.

O segundo capítulo tratará uma abordagem sobre o delito de deserção, nas diversas modalidades descritas pelo Código Penal Militar. Discorrerá sobre natureza jurídica do delito, a extensão das suas consequências e o viés prático do trato no âmbito da caserna.

No terceiro capítulo serão abordadas as questões suscitadas pelo estudo estatístico realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal Militar. Essa estatística apresenta, além do quantitativo geral dos crimes autuados e processados pela Justiça Militar da União, o número exato de deserções que receberam uma solução jurídica – condenação ou absolvição – bem como o perfil do desertor permitindo, pois alinhar a proposta desse estudo, face ao Sistema Garantista e a premente necessidade de se dar uma solução viável ao problema.

Por último, o quarto capítulo apresentará um diagnóstico avaliativo entre os preceitos garantistas expostos no primeiro capítulo e a realidade jurídica do delito de deserção no âmbito das Forças Armadas expressa no segundo e no terceiro capítulos, com o propósito de

afirmar a viabilidade ou não de se adotar o posicionamento jurídico quanto à descriminalização do delito em comento.

A metodologia eleita para execução deste trabalho consiste na revisão bibliográfica, em especial, tendo como marco teórico a obra “Direito e Razão” escrita por Luigi Ferrajoli (2014) e pela análise documental consistente no estudo estatístico realizado pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União.

O tema deserção é de extrema antiguidade, remonta a época dos exércitos de Roma, todavia, como o assunto será abordado é que indica o ineditismo do tema. Não pela questão garantista no que toca ao afastamento da apuração penal pelo Estado, para algumas espécies de infrações penais. Mas, sim, em razão da compreensão da deserção como uma infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares -, moldando a necessidade e a respectiva realidade do Direito e das Forças Armadas.

Longe de usurpar competências ou macular o serviço e o dever militares, o sentido desse estudo, consiste em dar azo às políticas que permitam o equilíbrio e, por conseguinte, a sustentabilidade da atividade militar. Aliado à legalidade da preservação dos direitos fundamentais tanto do militar em situação de deserção, como da sociedade que anseia por uma Força Armada segura, competente e eficaz.

1. DO MINIMALISMO GARANTISTA

O jusfilósofo Luigi Ferrajoli nasceu na cidade de Florença, Itália, na década de 40 (quarenta), atuou como magistrado entre os anos de 1967 a 1975. Nesse período, esteve ligado ao grupo denominado de "Magistratura Democrática", uma associação de magistrados de orientação progressista.

A partir de 1970, iniciou seu magistério na Universidade de Camerino, Itália, lecionando nas disciplinas de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito. A partir do ano de 2003, passou a fazer parte do corpo docente da Universidade de Roma Tre, Itália.

Luigi Ferrajoli acompanhou de perto, a partir de meados dos anos 1980, a atuação intensa de organizações criminosas que influenciavam a esfera pública italiana, constituindo um sólido sistema de corrupção composto por empresários, políticos, lobistas e extorquidores que implicava em severos riscos à sociedade italiana:

*La primera, evidente y llamativa, es la expansión de la ilegalidad en la vida pública que ha afectado, en años pasados, al conjunto de los partidos, a la administración pública, al empresariado, al sistema bancario y, al mismo tiempo, a extensas capas de población ligadas al mundo de la política por tupidas relaciones clientelares e implicadas de distintas maneras, por connivencia o incluso sólo por resignación, en la práctica de la corrupción. Así, tras la fachada del estado de derecho, se ha desarrollado un infraestado clandestino, con sus propios códigos y sus propios impuestos, organizado en centros de poder ocultos y a menudo en connivencia con los poderes mafiosos, y, por consiguiente, en contradicción con todos los principios de la democracia: desde el de legalidad al de publicidad y transparencia, del de representatividad a los de responsabilidad política y control popular del funcionamiento del poder*¹(FERRAJOLI, 1995, p. 7).

Os sistemas Penal e Judiciário, por conta de tal fato, foram modificados e dotados de instrumentos mais duros de combate ao crime organizado, consequentemente, na aplicação do Direito Penal e Processual Penal foram suprimidos os direitos e as garantias individuais dos envolvidos, até então conquistados pelo Direito italiano.

¹ A primeira, evidente e chamativa, é a expansão da ilegalidade na vida pública que tem afetado, em anos passados, no conjunto dos partidos, em uma administração pública, no empresariado, no sistema bancário e no mesmo tempo, em extensas parcelas da população ligadas ao mundo da política por estreitas e implicadas relações de diversas maneiras, por convívio ou por adesão, pela prática da corrupção. Assim, atrás da fachada do estado de direito, tem sido desenvolvido um infraestado clandestino, com seus próprios códigos e seus próprios impostos, organizado em centros de poder ocultos e frequentes em convívio com os poderes mafiosos, e por isso, em contradição com todos os princípios da democracia: desde a legalidade à publicidade e à transparência, da representatividade à política de controle e do controle popular do funcionamento do poder. (tradução nossa).

Luigi Ferrajoli (1995) entende que a situação vivida pelos cidadãos italianos, na década de 80, constituiu um caso limítrofe e patológico representando, pois, um fatídico caso de perda de identidade sócio-política-jurídica, com a acentuada falta de objetivos definidos e de regras lógicas à solução dos problemas.

Esse estado compreendeu em uma enorme expansão das funções e dos espaços de discricionariedade do poder público que afetaram, diretamente, a vida social e econômica dos italianos. Por conseguinte, reduziu a capacidade reguladora do Direito, resultando na inadequação e na falta de eficácia das técnicas e das garantias individuais de proteção, sob a sombra da livre manipulação política sobre os controles legais, com total desprezo à estrutura de um sistema jurídico amparado por regras e por princípios assecuratórios dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1995, p. 10).

O autor italiano apresenta cerrada crítica ao sistema de exceção adotado pelo seu País, por entender que a Constituição Federal deve impor um sistema de restrições e de garantias, que impedem a atuação do legislador, ainda que por maioria, em assuntos de natureza substancial, ou seja, temas que representam garantias individuais que dão sustentação aos direitos fundamentais dos cidadãos, e que por isso o Estado não teria autonomia para deles dispor:

*Estos vínculos de sustancia no son otra cosa que las garantías de los derechos fundamentales, desde los derechos de libertad hasta los derechos sociales, cuya estipulación ha introducido, en la estructura misma del principio de legalidad propio del actual estado constitucional de derecho, una racionalidad sustancial que se ha añadido a la racionalidad formal propia del viejo positivismo jurídico y del paradigma roussoniano de la democracia política, basados ambos en la omnipotencia del legislador de mayoría.*²(FERRAJOLI, 1995, p. 12).

Partidário do positivismo jurídico e estudioso da filosofia analítica sobre a metodologia, Luigi Ferrajoli (2014) não se limitou a apresentar uma Teoria Geral do Direito Positivo. Expandiu sua pesquisa para retratar um exame crítico das teorias sobre a justificação política e moral dissertando, para tanto, acerca de um sistema como modelo jurídico de proteção (UNIVERSIDAD NACIONAL DEL PLATA, 2016).

² Estes vínculos de materialidade não têm outra coisa senão a garantia dos direitos fundamentais, desde os direitos de liberdade até os direitos sociais introduzidos, também, na estrutura do princípio de legalidade, próprio do estado real e constitucional de direito, uma racionalidade substancial, que se adicionou a uma racionalidade formal própria do velho positivismo jurídico e do paradigma roussoniano da democracia política, ambos ancorados na onipotência do legislador de maioria. (tradução nossa).

Representa, pois, uma perfeita adequação do emprego de sua teoria em relação ao Direito Penal Militar, não se restringindo a um ramo específico do Direito, autoriza a extensão a todo sistema jurídico, que se propõe assegurar a proteção das garantias individuais do réu.

Rodolfo Vázquez (2016) assevera que na área da política Lugi Ferrajoli (2014) não se conteve em apresentar apenas uma reflexão restrita ao estudo da estrutura e do conteúdo da lei positiva. Propôs, ao mesmo tempo, uma visão realista e crítica acerca da realidade histórica e social, na qual o ordenamento jurídico toma corpo e começa operar, interagindo com os seus membros.

Um dos aspectos fundamentais de seu trabalho, segundo Rodolfo Vázquez (2016), consiste na proposta de justificação da legislação e do sistema jurídico, particularmente, de um sistema de Justiça Criminal, no âmbito do Estado de Direito, à luz da reformulação da teoria da democracia e do conceito de Estado.

Retrata, pois, uma concepção substantiva da democracia segundo a qual, os direitos fundamentais não podem, sob nenhuma justificativa, ser limitados ou revogados, bem como uma ideia de Estado de Direito onde não existe Poder que não esteja sujeito às leis, especificamente, aos aludidos direitos fundamentais.

Sua orientação criminal, por sua vez, apresenta uma revisão crítica do paradigma de proteção, mais precisamente numa (re)fundação do modelo tanto em relação à racionalidade das decisões, bem como de sua política ética sobre a respectiva justificação.

Pode-se assim dizer que tem por objetivo fundamental oferecer uma teoria de garantias penais que impeçam o irracionalismo decisionista. Desenvolve, para tanto, um sistema de axiomas garantistas sobre o delito, o julgamento e a pena, discutindo grandes questões da filosofia criminal, embasando-as em obras de teoria epistemológica, jurídico e político-moral-clássica e contemporânea.

A aplicação desse Sistema Garantista, no âmbito das Forças Armadas e da própria Justiça Militar da União, naturalmente, não terá por propósito abalar ou refutar qualquer valor ou princípio jurídico-militar, esposado secularmente pelas aludidas Instituições. Pelo contrário, representa um avanço na aplicação do Direito, como marco de solidificação da proteção em relação às suas atividades e, por conseguinte, apresentando uma necessária segurança jurídica em relação às Forças Armadas e aos seus respectivos membros.

Pode-se assim dizer que a obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, publicada pela primeira vez no ano de 1989, consubstancia a conclusão de uma vasta pesquisa

e aprofundada reflexão sobre as mais diversas disciplinas jurídicas, de modo especial, a do Direito Penal.

Norberto Bobbio (2014, p. 7) que prefaciou a 1ª edição Italiana da referida obra deixou consignado que Luigi Ferrajoli (2014) vinha se preparando há anos por meio de pesquisas e de “estudos de filosofia, de epistemologia, de ética e de lógica, de teoria e ciência do direito, de história das doutrinas e das instituições jurídicas, enriquecidos pela experiência intensa e seriamente vivida, trazidas pelo exercício da sua prévia atividade de magistrado”.

Salienta que a aposta tomada por Luigi Ferrajoli (2014) é audaciosa, uma vez que pretendeu (re)elaborar:

[...] um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal. Mas é um jogo que tem regras: o autor, depois de tê-las estabelecido, observa-as com escrúpulo e assim permite ao leitor encontrar, sem muito esforço, a estrada. A coerência do conjunto torna-se possível pela declaração preventiva dos pressupostos metodológicos e teóricos, pelo proceder por conceitos bem definidos e das suas antíteses, pela concatenação das diversas partes e da progressão lógica de uma a outra (BOBBIO, 2014, p. 7).

Segundo Norberto Bobbio (2014, p. 8), a obra “Direito e Razão” desenvolve-se pela antítese ou pela grande bipartição entre teses positivas e negativas. Da antítese liberdade-poder surgem todas as outras, iniciando-se pela esfera do Direito Penal, “por aquela entre o modelo garantista e o modelo autoritário, entre garantismo e decisionismo, para continuar com todas aquelas que a elas se conectam”.

Compreende, pois o governo das leis, onde os Poderes Públicos estão vinculados não só *sub lege*, mas também *per leges*, apresentando:

[...] a distinção fundamental, entre mera legalidade e estrita legalidade e governo dos homens, Estado de Direito contra Estado absoluto, formalismo contra substancialismo, por meio do qual o autor progressivamente expõe a sua orientação na política penal, direito penal mínimo contra direito penal máximo, o direito do mais fraco contra o direito do mais forte, e em última instância, certeza contra o arbítrio (BOBBIO, 2014, p. 8).

Sérgio Cademartori (1999, p. 20-31) assevera que, o governo *per leges* representa uma estrutura de atuação consubstanciada por meio de leis gerais e abstratas, provenientes da vontade do povo e estruturada formalmente pelo Poder Legislativo. A generalidade e a abstração de tais normas permitem uma igualdade formal entre o povo, por conseguinte afasta

o arbítrio do Poder, vinculando a atuação do Estado às formalidades e aos procedimentos previstos em lei.

No governo *sub lege*, continua o autor, ocorre à vinculação do Poder ao Direito, muito além das formalidades, como anteriormente citado, mas, especialmente, ao conteúdo que se pretende regular. Os direitos fundamentais galgam, portanto, patamar sobre os quais o Estado não pode dispor, uma vez que, configura a própria legitimidade do próprio Estado democrático de Direito.

Se a garantia, a proteção e a implementação dos direitos fundamentais é dever inarredável do Estado, como condição de sua própria legitimidade, não se pode avensar a possibilidade da não aplicação do Sistema Garantista, no âmbito do Direito Penal Militar.

Fatiar a utilização desse Sistema a apenas um ramo do Direito ou a uma parcela da sociedade constitui severo retrocesso jurídico, ou mesmo, se pode considerar como verdadeira segregação à classe militar que tão bem procura nos representar. Sendo assim, faz-se mister discorrer sobre as linhas mestras propugnadas pela Teoria Garantista, inicialmente, delineadas por meio da obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, como já dito, publicada pela primeira vez no ano de 1989.

Alessandra Lorenzo (2013, p. 484) assevera que, pelo referido sistema, procurou-se construir os pilares basilares, que têm por fundamento e objetivo, a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, especialmente, quando o campo de atuação for pertencente ao Direito Penal.

O Sistema Garantista proposto por Luigi Ferrajoli (2014), segundo a autora, constitui um modelo ideal, do qual a realidade pode se aproximar, representando uma meta permanente, pois pode nunca ser no todo alcançada. Esse modelo se constitui como critério ou instrumento de valoração e de correção do sistema jurídico em vigor prestando, sobretudo, a apontar as falhas ou as lacunas do Direito Penal e, em especial, as deficiências do funcionamento do Poder Judiciário criminal:

Além disso, fecham-se os olhos para o fato de que o sistema garantista de Ferrajoli está muito longe de se limitar a um conjunto de garantias estipuladas em prol do indigitado autor de um delito. Ao contrário: na obra em análise, Ferrajoli evidencia a compatibilidade entre os postulados do garantismo e a intervenção penal do Estado, desde que respeitados os limites que resguardecem os direitos individuais fundamentais do imputado, ou seja, na medida em que forem observados os princípios contidos nos axiomas e nos teoremas do sistema garantista (LORENZO, 2013, p. 485).

Essa doutrina não pode, encerra a autora, ser considerada um conjunto de regras e princípios em favor do réu, tampouco como uma incitação ao abolicionismo penal. Contrariamente, pretende Luigi Ferrajoli (2014) uma conformação de um Direito Penal mínimo, ou seja, na legitimidade da intervenção penal, desde que observadas as limitações estabelecidas na Constituição em vigor, traduzindo num correto Estado constitucional e democrático de Direito.

O Garantismo, num sentido filosófico-político, consiste na fundação heteropoiética – metajurídica, pois de um lado, nega um valor intrínseco do Direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo, por outro, aponta uma concepção utilitarista do Estado, apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 38) assevera que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal. Orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de Direito Penal, historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e de confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

A gnosiologia apontada pelo autor apresenta diversas aporias metodológicas e conceituais que, ao mesmo tempo, a torna ideal em face de um modelo a ser alcançado e adotado. Por conseguinte, se apresenta epistêmico por essência, não pela sua perspectiva de sucesso, mas pela adoção de um sistema que permita uma maior razoabilidade na aplicação da justiça.

Em síntese, a Teoria Garantista Penal apresentada por Luigi Ferrajoli (2014) ostenta 2 (dois) fios condutores que, oportunizam a compreensão de sua dimensão epistêmica. O primeiro referenda a definição legislativa, o segundo, a comprovação jurisdicional do desvio punível, correspondendo a particulares grupos de garantias, penais e processuais, do sistema punitivo que alicerçam.

A consideração da deserção como infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares -, atende os dois 2 (dois) fios condutores, primeiro porque a deserção tida como ato infracional estará inserida no respectivo Regulamento Disciplinar da Força Armada que o desertor faz parte, segundo pelo motivo de que para aplicação da reprimenda administrativa será necessário a existência do devido processo legal, consubstanciado pela realização da apuração administrativa – procedimento administrativo-disciplinar militar -, dando a

oportunidade para defesa e justificação do desertor, dentro dos contornos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Tatiana Bicudo (2015, p. 135) afirma que o modelo edificado por Luigi Ferrajoli (2014) é normativo, sendo esse paradigma compreendido como um conjunto coerente de definições que identificam traços que caracterizam um sistema jurídico perfeito. Nesse passo, o modelo garantista constitui um padrão de Direito de como deve ser, como se esperaria ser constituído, por conseguinte, modelo regulamentar em relação ao Direito em vigor.

Douglas Fischer (2013, p. 30) assevera que o Sistema Garantista denominado por Luigi Ferrajoli (2014) como SG, tem seu sustentáculo fixado sobre 10 (dez) axiomas fundantes. Sistemáticamente, determinam as regras do jogo fundamental de que compete ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal observar, no intuito de se atenderem aos axiomas garantistas.

Os axiomas fundantes são sintetizados por Luigi Ferrajoli (2014, p. 91) da seguinte maneira: A1 - *Nulla poena sine crimine*; A2 - *Nullum crimen sine lege*; A3 - *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 - *Nulla necessitas sine injuria*; A5 - *Nulla injuria sine actione*; A6 - *Nulla actio sine culpa*; A7 - *Nulla culpa sine iudicio*; A8 - *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 - *Nulla accusatio sine probatione*; A10 - *Nulla probatio sine defensione*.³

Douglas Fischer (2013, p. 30) ensina, ainda, que o Garantismo Penal não é simplesmente, um legalismo puro, uma vez que, a Teoria Garantista está alicerçada na visão metateórica de “um direito próprio de um Estado social e democrático”. Vale dizer, como exemplo, que ao tempo em que o indiciado ou o réu passa a ser investigado ou se torna parte, no procedimento investigatório ou no processo judicial ou administrativo, não pode ser mais visto como um objeto, mas como sujeito de direitos, “referido aqui unicamente por esse prisma inicial do garantismo”.

A subordinação do magistrado à lei não mais será a letra da norma, de modo absoluto ou incondicional, mas, pelo contrário, apenas quando coerente com a Constituição em vigor. Nesse contexto, Luigi Ferrajoli (2014) afirma por meio de sua Teoria Garantista, a existência de fatores de ordem formal e substancial no âmbito da concepção de validade da norma.

³ Em tradução para o português os axiomas ficam assim representados: A1 - não há pena sem crime; A2 - não há crime sem lei anterior que o defina; A3 - não há lei penal sem necessidade; A4 - Não há necessidade sem ofensa; A5 - Não há ofensa sem ação; A6 - Não há ação sem culpa; A7 - Não há culpa sem o devido processo legal; A8 - não há processo sem acusação; A9 - Não há acusação sem provas e A10 - Não há prova sem defesa.

O fator formal do Direito se associa a procedimentos pré-ordenatórios previstos na legislação, que darão concretude à lei. Passando desde a competência, propositura até a condução do processo legislativo, materializado esse pela sucessão de atos destinados à produção efetiva da nova lei, funcionando, pois como pressuposto de legitimidade ao surgimento do novo ordenamento jurídico.

Uma lei só será válida, nessa hipótese, se forem observados os critérios normativos traçados pelo procedimento formal, previstos em lei. A validade de uma lei, nesse interim, estará vinculada à observância de preceitos legais contidos em lei diversa, que se apresentem, ao mesmo tempo, hierarquicamente superiores e anteriores a nova norma, desenvolvendo diretrizes normativas, a fim de que, ao final, seja considerada válida.

Todavia, Luigi Ferrajoli (2014) acrescenta um novo elemento jurídico ao conceito de validade, segundo o autor, para que uma lei se faça válida, não basta que sejam observados apenas as regras formais, torna-se essencial que seja acrescido o aspecto material ou substancial, como fator primordial à formação do novo ordenamento jurídico.

Ao processo de validade, formalista por natureza, se acrescenta um dado que constitui o elemento material ou substancial do mundo jurídico, consubstanciado, em si, por elementos de natureza fundamental como elemento de validade da norma. O referido elemento material compreende os direitos fundamentais delineados na Constituição Federal resgatando, desse modo, a perspectiva de inserção de valores substanciais estabelecidos no seio do ordenamento jurídico maior, tornando possível a inserção da ética material dos valores, dentro do processo legislativo.

Luigi Ferrajoli (2014) assevera desse modo que o conceito de validade de uma lei está além da observância de seus aspectos puramente formais, por conseguinte, uma lei será inválida se também não estiver alinhada com os direitos fundamentais elencados na Constituição em vigor, destarte, sua invalidade estaria vinculada em função da irracionalidade material ou substancial, pressuposto indispensável à validade das normas jurídicas. Em decorrência da conjunção dos critérios de natureza formal e material, destinados à elaboração da lei, o conceito de validade da norma, segundo Luigi Ferrajoli (2014) extrapola o conceito de vigência que estaria restrito apenas a critérios de natureza formal.

Por intermédio dos critérios de validade e vigência das leis, o autor apresenta uma nova concepção que impõe coerência a seu Sistema Garantista, nesses termos, uma norma vigente, mas não dotada de critérios de validade, eminentemente material ou fundamental,

estaria em desalinho com o ordenamento jurídico que lhe cerca, em função não de sua incompatibilidade com os preceitos de ordem formal para sua construção, mas com a materialidade ou substancialidade dos direitos fundamentais.

Significa dizer que existe uma incontestada distinção entre a vigência e a validade da norma, como outrora asseverado, a subordinação do magistrado à lei vai além da letra da norma propriamente dita, mas se estabelece, principalmente, em relação ao conteúdo intrínseco de natureza fundamental.

No caso da deserção, não se discute a vigência da letra da lei, enquanto Código Penal Militar, pelo contrário, se estabelece um vínculo de validade, no tocante à substancialidade do conteúdo normativo, a fim de dar concretude à aplicação da regra, desde que sejam observados e resguardados os direitos fundamentais ou as garantias individuais do agente do delito.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 91) elenca, frente à formalidade e à materialidade da lei, em síntese, 10 (dez) princípios fundantes do Garantismo Penal, sendo esses:

(i) Princípio da Retributividade ou da Sucessividade da Pena em relação ao crime praticado, onde há o exposto reconhecimento da necessidade da atuação do Direito Penal, muito bem destaca o autor, no sentido de que nesse exato ponto, há uma clara negação do abolicionismo pela Teoria Garantista;

(ii) Princípio da Legalidade onde retrata a impossibilidade de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal respeitando, por natural, a compatibilidade com o sistema constitucional em vigor;

(iii) Princípio da Necessidade ou da Economia do Direito Penal, onde somente se deve buscar ao Direito Penal quando, estritamente necessário, assim, deve-se perscrutar a possibilidade de solução dos conflitos por outros meios que o Direito possa oferecer;

(iv) Princípio da Lesividade ou da Ofensividade do Ato, nesse caso, além de típico, o ato, deve causar efetiva lesividade ou real ofensividade ao bem jurídico protegido;

(v) Princípio da Materialidade ou da Exteriorização da Ação, exige, para que se considere um fato como relevante penalmente, que este seja consequência de uma conduta humana, ou seja, o Direito Penal deve apenas ocupar-se com resultados lesivos que sejam ocasionados pela ação humana;

(vi) Princípio da Culpabilidade, que retrata a responsabilidade criminal no agente que praticou o ato, sendo necessária a devida e segura comprovação da culpabilidade do autor;

(vii) Princípio da Jurisdicionalidade, razão do devido processo legal que está relacionado, diretamente, com a estrita obediência de que, as penas de natureza criminal, sejam impostas, por quem investido de jurisdição, em face das competências estabelecidas na Constituição;

(viii) Princípio Acusatório ou da Separação entre Juiz e Acusação, o lugar ocupado pelo juiz na relação processual como critério de distinção entre os modelos inquisitivo e acusatório de processo penal;

(ix) Princípio do Ônus da Prova ou da Verificação pelo qual, ao réu não se deve impor o ônus de que é inocente, pois cabe a acusação a obrigação de provar a responsabilidade criminal do denunciado; e

(x) Princípio do Contraditório ou da Falseabilidade, assegura a possibilidade de refutação da pretensão acusatória, destarte, afasta a acusação baseada em bases valorativas, não suscetíveis de refutação.

Os princípios apresentados por Luigi Ferrajoli (2014) correspondem à estrutura principiológica necessária à constituição e à delimitação do Sistema Garantista. Todavia, para o desenvolvimento desse trabalho, a utilização desses princípios ficará delimitada à apenas alguns, frente à especificidade do tema e, especialmente, de modo que dê a compreensão e o embasamento correto face à temática da deserção.

A aplicação do Direito Penal só se faz legítima quando houver incontestável necessidade da atuação do Estado, na solução do litígio, em razão do crime realizado. Com a finalidade de verificar a inafastabilidade ou viabilidade da não aplicação do Direito Penal Militar aos delitos de deserção, o Princípio da Retributividade apresenta parâmetros que podem assegurar o uso do Código Disciplinar Castrense - respectivo Regulamento Disciplinar para cada Força Armada -, como medida suficiente à solução do problema, enfrentado dentro dos Quartéis.

Quando a Constituição e o Código Penal Militar afirmam que não poderá existir crime sem lei anterior que o defina, demonstra especial relevo à segurança jurídica desejada pelos membros da sociedade, na convivência e nas relações, diuturnamente, partilhadas entre si, e destes para com o Estado. Sendo assim, ainda que factível a consideração da deserção como infração disciplinar – transgressão ou contravenção disciplinares -, com fundamento no Princípio da Legalidade deverá existir uma previsão normativa do fato como tal.

Na hipótese de que nenhum outro instrumento jurídico seja efetivo à solução de um conflito sócio-jurídico, o Direito Penal será aplicado como *ultima ratio regis* do Estado em resposta à conduta desviante. Para administrar e dar solução efetiva ao conflito militar - desertor e Força Armada -, tendo como parâmetro a esfera disciplinar para afastar a necessidade primária da aplicação do Direito Penal Militar, o Princípio da Necessidade proporcionará uma reflexão sobre a viabilidade de refutação à utilização da Lei Substantiva Castrense aos casos de deserção.

Luigi Ferrajoli (2014) assevera que é necessário ocorrer uma efetiva lesão ao bem juridicamente tutelado para que esteja autorizada a aplicação do Direito Penal, sendo assim, não será suficiente que o fato seja apenas típico e antijurídico. Por meio do Princípio da Lesividade, será possível apontar que, em tempo de paz, a efetiva lesividade da deserção pode ser sanada pelas raias da apuração administrativa, em razão, da proporcionalidade da ofensividade ao bem jurídico protegido – dever e serviço militares.

A responsabilidade criminal do desertor deve ter estrita relação com o teor de sua culpabilidade, na verificabilidade da real e da dirigida intenção de provocar ou não lesão na ordem administrativa militar. O Princípio da Culpabilidade apresenta a compreensão *lato sensu* do tema, de modo a indagar a razão pela qual o agente tomou determinada atitude, frente ao bem tutelado. Desse modo, revela-se de primordial importância ao presente trabalho, o estudo e a aplicação dos Princípios da Retributividade, da Legalidade, da Necessidade, da Lesividade e da Culpabilidade como método de adequação ao Sistema Garantista propugnado por Luigi Ferrajoli (2014).

Não basta, todavia, limitar a definição do Sistema Garantista pela simples enumeração dos Princípios elencados por Luigi Ferrajoli (2014), sem contudo, apreciar a lógica Garantista que pode ser entendida como a lógica empregada às demais normas de Direito Penal e Direito Penal Militar, no sentido do que seja obrigatório ou mesmo permitido. Assim, a Teoria Garantista deve ser enxergada além de uma retórica principiológica, mas como um sistema lógico ou intensional que exige formas específicas de semântica do mundo possível.

Essa lógica ou paradigma garantista apresenta, em síntese, 3 (três) distinções deônticas, pois ligadas ao caráter normativo dos discursos formulados em termos ético-político, constitucional e jurídico na acepção ampla do termo: a primeira corresponde ao dever ser externo, ou ético-político, a segunda tem relação com o dever ser interno, ou a validade e a vigência das normas e, a terceira remete ao dever ser jurídico, ou o direito e a

realidade. Luigi Ferrajoli (2012, p. 3 e 4) ensina que, a linha angular do dever ser externo ou ético-político, corresponde à clássica separação entre o direito e a moral, ou então, entre a justiça e a validade.

No campo do Direito castrense, a separação entre o direito e a moral corresponde à disjunção entre a moral militar, consubstanciada pelos valores encerrados na secular tradição militar brasileira que remonta a chegada de D. João VI ao Brasil até os dias de hoje, e a expressão do Direito moderno representando pela Constituição Federal em vigor. Significa dizer que, na solução de um conflito penal militar, os valores militares, ou seja, a moral militar não deve se sobrepor ao Direito vigente e válido, nem mesmo sob a justificativa de que o agente do delito esteja por infringir os valores e os costumes seculares.

Relaciona-se, assim, com a legitimação externa e interna, verdadeiro corolário do positivismo jurídico. Não que o Direito deixe de incorporar os valores e os princípios morais, mas quando menos, a moral de seus legisladores, nesse exato sentido escreve Luigi Ferrajoli:

a) que a moralidade (ou a justiça) predicável de uma norma não implica a sua juridicidade (ou a sua validade, ou ainda mais genericamente a sua pertinência a um sistema jurídico); b) que a juridicidade (ou a validade, ou a pertinência a um sistema jurídico) de uma norma não implica a sua moralidade (ou a sua justiça). A negação da segunda enuncia uma tese ambivalente. Exprime uma tese jusnaturalista, quando se assumia uma noção substancial e metajurídica de juridicidade (ou validade), como faz por exemplo Alexy ao afirmar que uma norma perde validade jurídica se extremamente injusta. Exprime, ao contrário, uma tese ético-legalista - isto é, a ideia segundo a qual as normas jurídicas têm um valor moral, seja qual for o seu conteúdo -, quando se assumia, ao revés, uma noção formal e puramente intrajurídica de juridicidade (ou de validade) (FERRAJOLI, 2012, p. 2 e 3).

Ana Pinho (2013, p. 45) aduz que, o primeiro entrave a construção do Sistema Garantista de Luigi Ferrajoli (2014), reside no fato, do mesmo, considerar como pressuposto teórico e axiológico a cisão entre moral e Direito. Uma vez que, “ao sustentar a separação positivista entre moral e direito em tempos de neoconstitucionalismo, marcados por textos constitucionais recheados de princípios de enorme carga de moralidade, é, no mínimo, um singular desafio”.

Entende a autora que, os debates que se seguiram à obra “Direito e Razão”, foram de tal sorte profundos, que Luigi Ferrajoli foi obrigado a reafirmar suas construções teóricas, para rebater às críticas a elas apresentadas:

Como “separação entre direito e moral” deve-se entender, a meu juízo, não a negação de uma qualquer conexão entre direito e moral, claramente

insustentável uma vez que qualquer sistema jurídico exprime ao menos a moral dos seus legisladores, mas, sim, a tese já recordada segundo a qual a juridicidade de uma norma não deriva da sua justiça e a sua justiça não deriva da sua juridicidade (FERRAJOLI, 2012, p. 14).

Disse, portanto, que seria insustentável negar a conexão entre moral e Direito, em razão de que, em qualquer regime jurídico, há uma expressão natural de valores morais, muito embora, para o Sistema Garantista, “afirmar a separação entre ambos os conceitos significaria, tão somente, sustentar a autonomia entre eles (um não pode ser derivado do outro)” (PINHO, 2013, p. 46).

A separação entre Direito e moral, distinto de desacreditar o ponto de vista moral e político sobre o Direito, autoriza que se respalde não apenas a sua independência, mas também, a importância do ponto de vista interno ou jurídico, como o ponto fulcral da crítica externa. Permitindo, por conseguinte, a projeção e a transformação institucional “e, ainda, se a lei é considerada intoleravelmente imoral, como fundamento do dever moral à desobediência civil” (FERRAJOLI, 2012, p. 33).

Por detrás da ideia de inadmissibilidade da lei infundada, existe, de fato, um excessivo respeito ao valor da lei enquanto tal, que inibe a simples revolta contra o Direito injusto, além de assumir a responsabilidade moral da desobediência, mesmo a custo das sanções por ela juridicamente previstas. Prossegue Luigi Ferrajoli (2012, p. 3 e 4), quanto ao dever ser interno ou a validade e a vigência das normas, afirmando que essa distinção deontica corresponde ao traço distintivo do Garantismo, introduzido pela força das Constituições inflexíveis e das condições substanciais de validade das leis, como de fato são, tipicamente, todos os direitos fundamentais.

Nesse passo, tal distinção “fez a sua aparição dentro do Estado constitucional de direito, o ‘direito juridicamente inválido’ ou ‘legítimo’: expressão impensável, verdadeira contradição em termo segundo o paradigma paleo-juspositivista do Estado legislativo de direito” (FERRAJOLI, 2012, p. 3 e 4). Portanto, nada mais é do que a expressão do defeito jurídico virtual e estrutural de qualquer ordenamento constitucional, mas também, a sua maior virtude política, em razão dos limites que sugere aos Poderes Públicos.

Por derradeiro, afirma o autor, no que toca a terceira distinção deontica ou a relação entre o Direito e a realidade, que essa correlação está ligada ao caráter “não somente descritivo, mas, sobretudo normativo do direito em confronto com as condutas por este

reguladas”. Prevalecendo, assim, para o funcionamento de fato das instituições e dos seus aparatos de poder. (FERRAJOLI, 2012, p. 3 e 4).

O dever ser externo tem relação com a eticidade da sociedade ou a introdução de valores morais na legislação. Na atividade legiferante, não obstante a sua técnica e seu caráter inexorável, o legislador insere a moral da coletividade, como suporte de justificação para edição da lei. A partir desse ponto, a moral deixa de ser princípio para ser norma, prevalecendo a última sobre a primeira, como fundamento da distinção deôntica, relacionada ao dever ser ético-político, proposto por Luigi Ferrajoli (2014).

É o ponto crucial, quando a moral é cristalizada pelo Direito e colocada de lado, até que, novamente, retome a atividade legislativa e, vamos assim dizer, renove ou atualize a moral convertendo-a, por mais uma vez, em Direito – leis, normas e regulamentos -, em regras edificadas. A vista disso, o que deve ser aplicado é a lei e o que deve ser afastado é a moral.

Denota, assim, um caráter de transitoriedade ou de evolucionismo conceitual, pois onde há sociedade lá estarão embutidos os valores morais e, principalmente, sua mutabilidade ou sua plasticidade, impressas pela alteração de parâmetros valorativos ou morais expressos pelo tempo e pelas circunstâncias. Ao explorar o veio conceitual da transitoriedade, dá-se guarida a uma reflexão de valores, tanto quanto ao delito de deserção em si, como em relação a sua amplitude e a sua repercussão no âmbito militar.

O atual delito de deserção, capitulado pelos artigos 187 e seguintes, do Código Penal Militar entrou em vigor a partir do dia 1º de janeiro de 1970, portanto, há exatamente 46 (quarenta e seis) anos atrás, nesse caso, desde a sua concepção até os dias atuais já transcorreu, praticamente, meio século, e isso constitui um fator relevantíssimo, dentro da reflexão jurídica, quando o tema em baila traz a compreensão do Garantismo Penal.

O conceito de transitoriedade da norma se refere, exatamente, ao parâmetro temporal no que toca aos critérios de ordem social, moral, política e cultural quando de sua edição e, como esses critérios são compreendidos e utilizados, nos dias atuais, ao caso concreto. Não há como se sustentar que, hodiernamente, a deserção em tempo de paz, tem o mesmo critério valorativo quando de sua concepção, há quase 50 (cinquenta) anos atrás, via lei substantiva castrense.

Sem embargo, não constitui o propósito afirmar, categoricamente, que a deserção perdeu sua razão de existir dando ensejo, portanto, a uma necessária e esperada revogação,

extirpando-a do ordenamento jurídico brasileiro. Mas autorizar uma reflexão valorativa, no que concerne a transitoriedade de qualquer ordenamento jurídico, subscrito aqui, à deserção como ponto de análise de sua validade, por um lado, enquanto atendido os critérios de natureza formal à sua elaboração e formalização, por outro, levando em conta os critérios de natureza substancial ou material, como argumento de validade da norma.

Além disso, dar também suporte a uma proposta solução alternativa, para considerar a deserção não mais como um delito propriamente dito, mas sim como uma infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinar, frente à capacidade administrativa e jurídica das Forças Armadas de lidar com o problema, tudo com o propósito precípua de fomentar a ponderação moral ou valorativa do tema para após, mais uma vez, cristalizá-lo em forma de lei.

O dever ser interno ou a validade e a vigência das normas atinam a questão divergente entre estar em vigor e possuir lastro para validez. Resumindo, nem toda lei em vigor pode ser válida, para tanto, necessita estar em sintonia com os preceitos constitucionais. Para ir um pouco mais além, não estará restrita apenas aos preceitos constitucionais, mas acima de tudo, estar em estrita concordância com os direitos fundamentais da sociedade que regula. De outra forma, sua validade estará maculada pela ausência de suporte indispensável à sua justificação, ainda que em vigor.

Considerando a maturidade jurídica brasileira, o delito de deserção atende aos critérios de validade e de vigência, a fim de que esteja autorizada sua aplicação sem nenhuma restrição? Pode-se afirmar que, quanto à vigência, considerando a estrita validade formal da norma, a deserção está em vigor, podendo ser aplicada a todos os casos que lhe sejam pertinentes. Todavia, quando se abarca o critério substancial ou material da norma, o tipo penal da deserção se afasta, em muito, dos atuais parâmetros normativos, concernentes aos direitos fundamentais e as garantias individuais estatuídos pela Constituição Federal.

Nesse exato ponto, Luigi Ferrajoli (2014) retrata com clareza a vigência como a conjunção da validade formal e substancial da norma, como medida de sua concretude. A validade toma, simultaneamente, contornos formais que obedecem a uma ritualística previamente estabelecida e contornos substanciais que atendem a materialidade constitucional.

Sendo assim, a aplicação da lei não fica restrita a critérios formalistas, mas, além disso, a critérios substanciais que atentem à observância dos princípios e dos conteúdos

propostos pelos direitos fundamentais, delineados pela carta política do País. Quanto à validade substancial ou material, no que concerne à deserção, se faz necessário apontar, em primeiro lugar, se os bens juridicamente tutelados pelo tipo penal compõem o rol de direitos fundamentais, expressamente, delineados pela Constituição Federal.

Pelo Princípio da Subsidiariedade do Direito Penal, segundo Luigi Ferrajoli (2014) somente se justifica a aplicação máxima do Poder Estatal, quando o bem que se pretende tutelar tem estreio vínculo com as garantias constitucionais, caso contrário, outro ramo do Direito pode dar solução à questão apresentada.

Em segundo lugar, porém mais importante, decorre da necessidade de se observar se a aplicação da lei penal, ao caso concreto, não ofende ou impede o acesso a qualquer direito ou garantia fundamental não só do agente, mas também da sociedade como medida de validade no teor de substancialidade da norma, face sua paridade constitucional.

A deserção, cujo tipo penal foi delineado pelo legislador há aproximadamente meio século, tem condições de assegurar uma resposta compatível com os pilares do pensamento garantista à sociedade em geral, que, nesse particular, mostra-se representada pelos membros da Unidade Militar e pelo próprio desertor? A resposta ali delineada substancia medida de extrema justiça e compatível com as razões que justificaram a sua previsão como crime? Tendo em vista o perfil do militar que deserta, a aplicação da lei penal militar atende aos critérios de validade substancial, em face da atual conjuntura constitucional?

Ainda, a aplicação do tipo penal em comento é a solução mais acertada, com vista à efetiva solução do problema enfrentado pelas Forças Armadas, quando o assunto se refere à ausência injustificada do militar por mais de 8 (oito) dias? O dever ser jurídico remete à conjuração do máximo e do mínimo, da ambivalência de valores, da distorção no cumprimento da norma. Seguindo o raciocínio de Luigi Ferrajoli (2014) a recepção da norma no seio da sociedade, encontra-se atrelada a aplicação de valores intrínsecos e modulares, na lida do Direito com o dia a dia de quem lhe desenvolve.

Quando se afirma que, a ausência injustificada do militar por mais de 8 (oito) dias só poderá ser remediada mediante a inafastável retribuição penal, encerra-se a discussão do tema sob o enfoque Garantista, pois estará se balizando a justificativa da sanção penal não na validade do Código Penal Militar – substancialidade ou materialidade da lei -, mas apenas em razão de sua vigência, ou seja, em face de terem sido atendidos aos critérios formais de sua elaboração.

A maior barreira ou a maior oposição apresentada à Teoria do Garantismo Penal ocorre quando o aplicador do Direito expande sua interpretação normativa para além do que foi proposto pelo legislador, quando do momento de concepção da norma. Todavia, não o faz propositalmente, nem com objetivos escusos, mas procurando afinar o sentido da norma, com a necessidade do conjunto que se apresenta à solução da questão.

A consideração da deserção como infração disciplinar, afastando-a do campo de atuação do Direito Penal e Processual Penal Militar, pode se relacionar com a propositura de projeto de alteração legislativa buscando, portanto, a revogação ou desclassificação da deserção – em tempo de paz -, para torná-la infração ou transgressão disciplinares.

Hoje, ainda sem a alteração legislativa, o Conselho Permanente de Justiça – Juiz-Auditor e Juízes Militares -, tem a alternativa legal de deixar de considerar a deserção como crime, absolvendo o réu com fundamento na alínea “b” – não constituir o fato infração penal -, do artigo 439, do Código de Processo Penal Militar, sugerindo ao Comandado da Unidade Militar que o fato seja tratado como infração disciplinar. Todavia, nessa hipótese, muito tempo se perde até que seja tomada essa decisão, mais eficaz e efetivo seria, desde o início, considerar a deserção como uma infração disciplinar, subordinando o desertor a devido processo disciplinar-militar.

Visa, por assim dizer, na adoção de uma alteração legislativa, apresentar uma alternativa eficaz e efetiva ao problema, de modo que, sem se afastar da legalidade, a situação seja tratada com a precisão e com a celeridade que a comunidade militar, ou seja, as Forças Armadas desejam e precisam encontrar em uma resposta legal célere, precisa e justa.

As Forças Armadas contam com 2 (dois) estatutos regulatórios distintos, quando o tema refere-se à infração penal ou transgressão disciplinar, são esses o Código Penal Militar e o respectivo Regulamento Disciplinar de cada Força, que operam em sincronicidade ao controle dos atos praticados por seus militares. Destarte, se o militar falta ao expediente ou deixa de permanecer em local determinado por mais de 8 (oito) dias seguidos pratica a deserção, por conseguinte, aplica-se a lei substantiva castrense, mas se pelo contrário, esse mesmo militar se ausenta, por exemplo, por 7 (sete) dias, se tem por medida de saneamento a aplicação do Regulamento Disciplinar.

Apresenta-se, todavia, a seguinte indagação com o intuito de autorizar uma reflexão jurídica sobre o tema: mesmo tendo o militar se ausentado por mais de 8 (oito) dias, por exemplo, por 9 (nove) dias, a aplicação do Código Penal Militar é a única e a melhor opção, a

fim de se dar uma resposta, suficientemente, eficaz, eficiente e efetiva à solução do problema? Em outras palavras, a consideração da deserção como contravenção ou transgressão disciplinares, a fim de autorizar a aplicação dos parâmetros estabelecidos pelo Código Disciplinar Militar pode dar uma resposta, suficientemente, precisa à questão?

Naturalmente, quando o tema se refere ao dever ser jurídico, tanto na esfera de atuação do Direito Penal Militar como do Direito Administrativo Disciplinar, faz-se necessário a presença de 2 (dois) elementos primordiais, num primeiro plano, a definição legal do desvio e, num segundo, de modo ordinário a concretude da ação praticada pelo militar.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 38) aponta, nesse sentido, que o convencionalismo penal, como elemento constitutivo ou epistemológico do Garantismo, tal como resulta do Princípio da Legalidade Estrita exige 2 (duas) condições precípuas, a primeira, refere-se ao caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter prático das hipóteses de desvio legalmente definidas, a segunda diz respeito a definição legal do desvio que deve ser produzido não com referência a figuras subjetivas, mas apenas as figuras objetivas do comportamento.

A primeira condição equivale ao Princípio da Reserva Legal, significando que o magistrado deve se submeter à lei, não podendo qualificar como fato típico apenas os que considerem dissolutos, mas tão somente, o que autonomamente de sua valoração, venham explicitamente, designados pela lei como pressupostos de uma pena. A segunda, por sua vez, comporta o caráter absoluto da reserva da lei penal, em razão, da qual a submissão do julgador estará somente ligada à lei. Ou seja, apenas e tão somente, se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências fáticas precisas, é que estarão na realidade em condições de determinar sua aplicação de maneira exclusiva e exaustiva. O segundo elemento epistemológico da Teoria Garantista, associa-se ao cognitivismo processual na determinação concreta do fato típico, expressa em duas condições diretas, a verificabilidade e a refutabilidade.

Sendo assim, o desvio punível não será constituído, mas, sim, regulado pelo sistema penal. Portanto, “o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato, univocamente, descrito e indicado como delito, não apenas pela lei, mas, também, pela hipótese de acusação, de modo que, resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial” (FERRAJOLI, 2014, p. 40).

Até este ponto, tratou-se, pois, dos elementos epistemológicos do Garantismo Penal, sem embargo, toma-se a liberdade para aprofundar, um pouco mais, a compreensão do Sistema Garantista proposto por Luigi Ferrajoli (2014) para visualizá-lo não apenas como um produto indivisível ou unitário, mas pelo contrário, discorrer acerca do Garantismo sob a égide de uma tríade avaliativa.

Francisco Neto (2005, p. 119) atribui, nesse sentido, 3 (três) concepções da palavra Garantismo, a primeira, como um modelo normativo de Direito. Essa corresponde a uma manifestação de outra ideia do Direito moderno, que é o Estado de Direito, alicerçado nas ideias de Platão e Aristóteles, pensadores que defendiam o ideal de que, melhor que um governo de homens, era um governo de leis.

O modelo jurídico em vigor, “ao qual se aplica a distinção entre o governo ‘*sub lege*’ e o governo ‘*per leges*’, exemplificado por Ferrajoli, após afirmar que ambas as situações se aplicam no campo do Direito Penal, onde o Estado de Direito designa as duas situações.” Nesse caso, será *sub lege* o poder judicial de investigar e punir a conduta desviante, por quanto, será *per leges* o poder legiferante de edificar as leis.

Quanto ao poder *sub lege*, prepondera o autor, que pode ter 2 (dois) sentidos em si, um sentido fraco, lato ou formal e um sentido forte, restrito ou substancial. O primeiro representa que qualquer poder deve ser conferido pela lei, e exercido nas formas e pelos procedimentos por ela estabelecidos. O segundo aponta que qualquer poder deve ser limitado pela lei, que vem a condicionar não só a forma, mas também seu conteúdo. É um momento de suma importância para compreensão da Teoria Garantista Penal e, como ela pode proporcionar aos lidadores do Direito um norte epistêmico, a servir de orientador na atividade jurisdicional.

Luigi Ferrajoli destaca o duplo significado do termo Estado de Direito, não simplesmente como Estado legal ou regulado por leis, mas um modelo de Estado surgido como produto das mais modernas Constituições e caracterizado:

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público - legislativo, judiciário e administrativo - está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos

poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária (FERRAJOLI, 2014, p. 790).

Verifica-se, sem embargo, 2 (duas) situações distintas, a primeira, a legitimidade formal ou a lei edificada, a segunda, a legitimação substancial ou o conteúdo em conformidade com a preservação dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que, o autor pretendeu relacionar que, as normas que tratam da forma de expressão da vontade popular são as normas que se ocupam da democracia política, por esse motivo, “quanto mais abrangente for o sistema, mais democrático ele será” (FRANCISCO NETO, 2005, p. 121).

As demais normas, das quais, abordam os direitos dos cidadãos, estabelecem o respeito à liberdade pessoal, bem como a promoção de condições para o desenvolvimento do trabalho digno, da saúde, da segurança, da moradia e da educação.

Nessa ordem de ideias, Luigi Ferrajoli no intuito de esclarecer a diferença entre formalidade e substancialidade das leis prepondera:

Pode-se acrescentar que frequentemente a violação das regras do primeiro tipo é causa da inexistência ou não vigor, enquanto aquela das regras do segundo tipo é causa de invalidade das normas produzidas; e que a característica estrutural do Estado de direito com relação ao mero Estado legal é a possível divergência entre validade e vigor, ou seja, a existência de normas vigentes mais inválidas porque conformes às regras do primeiro tipo e desconformes às do segundo (FERRAJOLI, 2014, p. 792).

Por esse motivo, resulta numa conciliação do compromisso pactuado nas sociedades ocidentais, permitindo um espaço intocável e até mesmo indiscutível, para resguardar os direitos fundamentais do homem, estabelecendo uma constitucionalização do Direito, pelo advento do Estado Social e, posteriormente, do Estado Liberal.

Arremata Luigi Ferrajoli (2014, p. 23) asseverando que, essa mudança das condições de validade das normas, retroage em razão da correspondência biunívoca entre os elementos de 2 (dois) grupos, que subsiste sempre entre o Direito e o sistema político, sobre as condições da democracia, também, estas não apenas formais, e sim substanciais.

A constitucionalização rígida dos direitos fundamentais, segundo Luigi Ferrajoli, impondo proibições e obrigações aos poderes públicos, inseriu de fato também, na democracia, uma dimensão substancial relativa aquilo que não pode ser ou deve ser decidido por qualquer maioria, em acréscimo à tradicional dimensão política, meramente formal ou

procedimental, relativa às formas e aos procedimentos das decisões, consequentemente, mudou a relação entre a política e o Direito, nesse sentido prepondera que:

O direito não é mais subordinado à política como instrumento desta, mas é a política que se torna instrumento de atuação do direito, submetida aos vínculos a ela impostos por princípios constitucionais: vínculos negativos, como são aqueles gerados pelos direitos de liberdade que não podem ser violados; vínculos positivos, como são aqueles gerados pelos direitos sociais que devem ser satisfeitos (FERRAJOLI, 2014, p. 23).

A segunda concepção da palavra Garantismo, apresentada por Francisco Neto (2005, p. 123), como teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência das normas, atrela-se ao Princípio da Legalidade “que passa a representar um postulado jurídico dos mais importantes, senão fundamental, para o positivismo justamente na medida em que impede o arbítrio, característico do período do absolutismo”. Sendo assim, o Garantismo não está fora do horizonte do positivismo, afirmando Luigi Ferrajoli (2014, p. 802) que a positivação ou a estatização do Direito desempenhou um enorme progresso, tanto no plano jurídico como no plano político.

Nessa visão, a natureza jurisprudencial e doutrinária do Direito válido e sua identificação com o Direito natural ou com a justiça se resolveram de fato, não obstante a aparente racionalidade, em uma total incerteza e arbitrariedade do Direito vigente, pois a novidade do Direito moderno não está tanto no conteúdo em si, “mas na forma ‘legal’, ou ‘convencional’, ou ‘artificial’, ou ainda ‘positiva’ do direito vigente consequente das alteradas fontes de legitimação; não mais a ‘veristas’, mas precisamente a ‘autorias’” (FERRAJOLI, 2014, p. 802).

Não se deve afastar-se do horizonte da legalidade, mas perquirir sobre a viabilidade ou não de se manter a deserção como um crime ou transmutá-la para uma infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares. Não como mera proposta de alteração regimental, muito menos se afastando do critério da legalidade, tão pouco dos princípios e normas do Direito, pelo contrário, com foco no valor subjetivo da lei, consequentemente, na defesa dos direitos fundamentais tanto dos não desviantes, como do próprio desviante.

Tal percepção estabelece uma possibilidade de distinção entre validez e validade, o que se poderia chamar de vigência que, num primeiro momento, honra à forma dos atos normativos e que depende disso para dar conformidade e correspondência com as normas formais sobre a sua composição e, a validade propriamente dita ou, no caso das leis, fala-se da

constitucionalidade, que se refere ao seu conteúdo e, que depende da sua coerência com as normas substanciais sobre a sua produção.

Não se põe em xeque a validade da deserção, sob a ótica formal do Direito, em razão de ter sido observado, na elaboração do Código Penal Militar, a ritualística procedimental prevista à época na Constituição Federal, todavia, se lança um questionamento quanto o aspecto substancial da norma, como guardião dos preceitos fundamentais da Magna Carta.

Nessa segunda concepção, se apresenta uma clara preocupação não só com o aspecto constitutivo ou legal da norma, mas acima disso, com o seu aspecto substancial, como garantidor dos direitos fundamentais. A concepção substancial do Garantismo traz o aforismo entre a realidade legal, e o respeito aos direitos fundamentais dos membros da sociedade a que se destinam, no caso deste trabalho, essa se refere aos militares das Forças Armadas.

Dentro da proporcionalidade, da razoabilidade e da efetividade do Direito Penal Militar, tanto em face do ato desviante praticado e do próprio indivíduo, como da esfera de alcance da lesão produzida pelo ato de desertar e, especialmente, o efeito retributivo da norma penal militar ao caso concreto é preciso sopesar as medidas penais em uso.

Quando o magistrado aplica a lei ao caso concreto, tendo como parâmetro apenas o critério de vigência da norma, sob o manto da validade formal, poderia autorizar um descumprimento ao direito fundamental de liberdade do agente, bem como ao direito de segurança jurídica da comunidade militar, frente ao atual lapso temporal entre a prática delituosa e a resposta do Poder Judiciário Militar.

Luigi Ferrajoli discorre sobre as condições formais suficientes, e as condições substanciais necessárias para que uma norma seja válida, para tanto descreve que:

Todavia, enquanto as condições formais de vigor consistem em adimplementos de fato, na ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma por ele ditada não vem à existência, as condições substanciais da validade, e exemplarmente as de validade constitucional, consistem habitualmente no respeito aos valores - como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos dos cidadãos - cujas lesões produzem uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível. (FERRAJOLI, 2014, p. 806).

Continua escrevendo Ferrajoli (2012, p. 24) que como teoria do Direito, o constitucionalismo positivista ou garantista é uma teoria que contemporiza a divergência entre o dever ser, no âmbito constitucional, e o ser, no âmbito legislativo.

Em relação à teoria paleo-positivista, o constitucionalismo garantista, fundamenta-se na distinção entre validade e vigência, tendo em vista que, admite a existência de normas em vigor, pois em conformidade com as normas construtoras que tratam da sua formação, mas mesmo assim, inválidas porque incompatíveis com as normas substanciais, exatamente, para estratificar a sua produção, por isso prepondera que:

O tema mais relevante da teoria se torna, portanto, o direito constitucionalmente ilegítimo: de um lado, como já referi, as antinomias provocadas pela indevida produção de normas inválidas em contraste com a Constituição e, em especial, com os direitos de liberdade constitucionalmente estabelecidos; de outro, as lacunas decorrentes da omissão na produção, igualmente indevida, de leis de regulamentação das normas constitucionais e, em especial (das garantias) dos direitos sociais. (FERRAJOLI, 2012, p. 24).

Mas a questão da validade da norma, pela sincronicidade entre a formalidade e a substancialidade legal, ritos jurídicos e direitos e garantias individuais constitucionais, não bastam por si só, segundo a visão garantista proposta por Luigi Ferrajoli (2014). A aplicação do Direito deve suplantar os estritos contornos de qualquer instituto jurídico, para avançar na escala de medida filosófica e política, para então dar verdadeiro fundamento de aplicação do Direito com base em sua real e não fictícia utilidade à sociedade. Entendendo instituto jurídico como um termo universal para designar determinada situação, medida, condição ou fato que é *conditio sine qua non* para a vida em sociedade merecendo, pois um tratamento especial, sem o qual a sustentabilidade social poderia estar comprometida.

Nesse mote, é que se apresenta a terceira e última concepção de Francisco Neto (2005, p. 127) para a palavra Garantismo, representando mais do que um modelo normativo, mas uma pungente doutrina filosófico-política. Avança no campo da crítica e da deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, “conforme a rígida separação entre direito e moral, ou entre validez e justiça ou, ainda, entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo do ordenamento”.

O Garantismo, nessa linha de ideias, consiste na inteligência de que, o Estado, serve de meio para a realização dos direitos fundamentais. Luigi Ferrajoli (2014, p. 815) assevera que, o Garantismo, num sentido filosófico-político, consiste numa fundação heteropoiética do Direito, do ponto de vista externo do direito, separado da moral.

Consiste, assim, na negação de um valor intrínseco do Direito, apenas porque vigente, e do poder somente porque efetivo e, “no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação”,

culminando na concessão utilitarista e instrumental do Estado, onde a satisfação das expectativas ou direitos fundamentais encontra guarida na atividade estatal.

Necessita-se, então, entender a extensão do ponto de vista externo, ou como diz Luigi Ferrajoli de baixo ou do ponto de vista das pessoas:

O seu primado axiológico, conseqüentemente, equivale ao primado da pessoa como valor, ou seja, do valor das pessoas, e portanto, de todas as suas específicas identidades, assim como da variedade e pluralidade dos pontos de vista externos por elas expressos. É sobre tais valores que se baseia a moderna tolerância: a qual consiste no respeito de todas as possíveis identidades pessoais e de todos os relativos pontos de vista, e da qual é um corolário o nosso princípio da inadmissibilidade das normas penais constitutivas. (FERRAJOLI, 2014, p. 834).

Em razão da pluralidade de valores, portanto, dos pontos de vista externo, fundados na essencialidade do valor como pessoa humana, que foi agregada ao bojo desse trabalho, a pesquisa institucional realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal Militar. Tendo essa apresentada, além de outros elementos determinantes relacionados à figura da deserção, o perfil do desertor. Não há como comedir o ponto de vista externo se não está, devidamente, delineada a figura do militar, nada mais lógico do que conhecer o desertor, para dar entendimento exato do que representa o ponto de vista externo, como critério de validação da aplicação da norma penal.

Na questão que abarca, a realidade do respeito das identidades e dos pontos de vistas individuais, Douglas Fischer (2013, p. 40) escreve que aparenta, suficientemente, claro no que tange à Teoria do Garantismo, quando se traduz na tutela dos valores ou dos direitos fundamentais, mesmo que o seu atendimento, esteja em desalinho com a vontade da maioria.

Constitui o agente motor do Direito Penal, segundo o autor, querer se estabelecer “uma imunidade - e não im(p)unidade - dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos”. Nesse caso, está se falando da precisa e indelével dignidade da pessoa, bem como da salvaguarda dos interesses individuais e coletivos.

Completa o autor (2013, p. 40) atestando que, “se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas - como de fato estão, especialmente, é o Poder Judiciário quem tem o dever de dar garantia também aos cidadãos (sem descuidar da necessária proteção dos interesses sociais e coletivos)”.

Diante de eventuais atentados, no modelo do Estado de Direito, os poderes públicos devem ser notados não como inimigos dos direitos fundamentais, mas pelo contrário, como promotores desses direitos, sobretudo os de caráter social.

Esse constitui, sobejamente, a orientação deste estudo, pois o escopo maior consiste em ser sustentável ante a realidade da deserção. Como se bem observará na estatística apurada pelo Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal Militar, tratada no Capítulo 3 (três), o delito em questão – a deserção, constitui um problema real, pelo qual, se deve refletir como pode ser encarado. Dando trato a participação do Estado na solução do revés, prestigiando a proteção dos direitos fundamentais, ante os princípios gerais de Direito e os costumes seculares perpetrados no âmbito militar.

No Estado de Direito, não se permite, sob o pretexto de solucionar um problema de ordem jurídica, atentar contra os direitos fundamentais. Em outras palavras, não é permitido justificar os meios pelos fins pretendidos. Sendo assim, faz-se necessário incluir na fórmula planejada, a observância aos direitos fundamentais, como outrora citado, tanto do desertor como da sociedade militar a que pertence.

Pergunta-se, no intuito de apontar a uma reflexão primária: em face da atual previsão legal da deserção, estatuída pelo Código Penal e Processual Penal Militar, os Princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade, da Culpabilidade e da Reeducação Social estão sendo respeitados ante o militar que deserta? Ainda, se o Princípio da Celeridade e da Segurança Jurídica, no tocante ao meio militar, estão sendo atendidos?

Quando um militar deixa de ser punido pelo decurso de tempo, mesmo tendo praticado a deserção e, estando presentes todos os requisitos legais para uma condenação, não estaria por ocorrer uma ofensa a segurança jurídica em desfavor da sociedade militar, dando azo a questionamentos quanto a efetiva punibilidade da deserção?

No Quartel a rotatividade do efetivo militar é muito grande, portanto, a probabilidade dos mesmos membros que presenciaram a deserção, em especial, os militares que prestam o serviço militar obrigatório, pelo prazo de 12 (doze) meses, é muito pequena, de que também, possam presenciar uma resposta ao caso dada pela Justiça Militar da União. Não estaria, assim, havendo um desrespeito a celeridade que o caso requer, a fim de que se possa dar compreensão à punição que o desertor sofrerá?

Verificar-se-á que a pesquisa elaborada pelo Centro de Estudos do Superior Tribunal Militar aponta que, a grande massa de desertores é constituída de jovens, próximo dos 20

(vinte) anos. Considerando a efetiva lesão provocado pela conduta ilegal, em tempo de paz, e a pena atual para a deserção, indaga-se: estão sendo atendidos os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade?

No subitem seguinte tratar-se-á sobre o Direito Penal mínimo, onde se pretende apontar os 2 (dois) objetivos principais do Direito Penal, quais sejam, a prevenção tanto dos delitos em si, como das penas informais.

1.1 Dos objetivos do minimalismo garantista e o papel de tutela dos direitos fundamentais

João Carlos Carollo (2013, p. 83) assevera que a intervenção mínima propugnada por Luigi Ferrajoli (2014) não é o mesmo que a extinção do Direito Penal. De modo inverso, a mínima intervenção penal não significa abolicionismo, “não quer também, se defender aqui o direito penal máximo ou direito penal do inimigo, mas, apenas uma ponderação, um equilíbrio entre os extremos”.

Não se pretende declarar, nesse sentido, a simples revogação do delito de deserção para que deixe de figurar o rol das condutas que, efetivamente, possam lesionar o bom andamento das atividades militares. Nesse exato sentido é que se emprega a proposta do autor italiano, qual seja, a intervenção penal mínima no que diz respeito à intervenção otimizada do sistema penal aos tipos penais existentes no Código Penal Militar, que permitirão essa abordagem minimalista.

A intervenção penal mínima, longe de representar uma supressão total ou parcial da lei substantiva penal castrense, constitui uma proposta de aprimorar a atuação do Estado na solução dos conflitos penais existentes, por meio de alternativas legais que permitam viabilizar o equilíbrio institucional, a fim de assegurar sua atuação sem se afastar da legalidade estabelecida.

Pelo abolicionismo penal a solução do problema pode representar a ab-rogação da deserção, bem como de qualquer outro tipo penal militar, para relegar a resolução dos problemas a níveis contratuais ou administrativos. Desse modo, representaria uma depreciação ao Sistema Garantista proposto por Luigi Ferrajoli (2014), como se esse tivesse recomendando a extinção do Direito Penal Militar, como a única ou a melhor resposta aos conflitos dessa natureza.

Antes de se pretender a extinção do delito de deserção, faz-se necessário delimitar contornos dentro da realidade do delito em si, pois esse crime figura em 2 (duas) situações distintas, a primeira, em tempo de paz, onde a rotina do Quartel guarda correlação ao cotidiano de qualquer instituição pública, exercendo sua missão em nível administrativo e na consecução da instrução militar a fim de preparar seus membros à atividade fim a que se destina, a segunda, em tempo de guerra, quando a soberania nacional e a segurança da população está em risco.

Sendo assim, o trato da deserção, em tempo de paz, como infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares –, abarca a proposta minimalista no contexto do Sistema Garantista de Luigi Ferrajoli (2014) que sem se afastar da legalidade, mostra outro caminho que dará segurança as relações institucionais, sem a necessidade precípua de empregar o Direito Penal Militar como única alternativa para lidar com os militares que desertam.

Antonio Suxberger (2006, p. 53) no mesmo sentido assegura que uma das críticas mais relevantes apresentadas ao Sistema Garantista de Luigi Ferrajoli (2014) refere-se ao desaparecimento do Direito Penal, por meio de sua plena abolição. Não somente em relação ao cárcere propriamente dito, mas também, em relação aos limites da intervenção punitiva do Estado.

O conflito entre o minimalismo garantista e o abolicionismo, segundo o autor, tende a desaparecer por 3 (três) razões precípuas. A primeira, em razão de que a falta de garantias sempre poderá se apontada como óbice a qualquer proposta descriminalizadora assim “quando se optar por sanções administrativas em lugar de sanções penais, verificar-se-á em concreto a perda de diversas garantias além do próprio ganho efficientista decorrente da maior severidade que tais sanções poderão veicular” (SUXBERGER, 2006, p. 53).

Quanto ao primeiro óbice suscitado, no que tange à possível falta de garantias no advento de uma proposta descriminalizadora não é suficiente referendar, abstratamente, à ausência ou perda das respectivas garantias. É de suma importância que se demonstre, em concreto quais “as garantias a que se renuncia e as vantagens trazidas pelas soluções alternativas em lugar dessa diminuição de garantias” (SUXBERGER, 2006, p. 53).

As Forças Armadas representam a fronteira final na segurança da soberania nacional, dos Poderes constitucionalmente estabelecidos e da garantia da lei e da ordem por esses propugnados. Não seria correto afirmar que, considerando a deserção como uma infração

disciplinar, não mais como infração penal, ou seja, colocando-a sob a competência de apreciação e de julgamento da Administração Militar, estaria por ocorrer a perda das garantias constitucionais, quando o assunto diz respeito à verificabilidade e à refutabilidade – a ampla defesa e ao contraditório.

Em segundo lugar, apresenta-se à discussão, a alegada ambiguidade e dificuldade em se precisar o que se pretende abolir exatamente e se compreender pontualmente aquilo que Luigi Ferrajoli (2014) procura justificar em seu Sistema Garantista: o Direito, a pena ou a prisão.

Antonio Suxberger (2006, p. 55) ensina, no tocante ao enfrentamento da proposta do autor italiano que, “cumpre lembrar que parte do pressuposto de deslegitimação do sistema penal atual, traço em comum que guarda, com as tendências abolicionistas por ele tão criticadas.”

Uma das críticas dirigidas ao Sistema Garantista, assevera Antonio Suxberger (2006, p. 55), trata do objeto de justificação. Quer parecer que Luigi Ferrajoli (2014) ocupa-se de justificar o que denomina “forma jurídica” da pena, de outra maneira, refere-se especificamente ao critério de distinção, qual seja, a formalização do controle entre a violência do Direito Penal e a violência praticada por outras instituições de controle social. Destarte, se o relevo reside em respeitar uma regulação jurídica, somente isso, não é suficiente para declarar justificado o Direito Penal.

As críticas a Luigi Ferrajoli (2014) tendem a centrar-se em determinadas simplificações, tais como as pretensões de supressão do sistema penal, de modo que, todos os conflitos fiquem sem solução ou cobertura ideológica de uma solução fictícia que vigora, atualmente, no Direito Penal, ou ainda, da supressão do próprio Direito Penal, como discurso jurídico, para deixar íntegro todo o exercício do poder, pelos órgãos do sistema penal (SUXBERGER, 2006, p. 55).

Quando Luigi Ferrajoli (2014) justifica a figura da pena ou da prisão, se ocupa em justificar um conceito de sanção que não exclui a pena de prisão, ainda que esteja disposto a aboli-la, por sua vez, “não está propenso a elaborar um conceito de pena em que não ingresse em seu catálogo a pena de prisão” (SUXBERGER, 2006, p. 56).

A terceira crítica relaciona-se à compreensão de Luigi Ferrajoli (2014), para quem a finalidade da pena está atrelada em se justificar, se ela é capaz de cumprir as finalidades atribuídas, que seriam: a prevenção dos delitos e das vinganças. O autor italiano, na

experiência vivida na sua vida como magistrado e jurista, demonstra que a pena cumpre suas finalidades de prevenção de delitos e vinganças, a um custo menor que qualquer outro meio punitivo.

Nesses termos, Antonio Suxberger assevera que, em resumo, as alegadas controvérsias entre o Abolicionismo e o Garantismo tendem a esvaziar-se por 2 (dois) motivos principais:

- (i) a crítica à ausência de garantias, mas sem indicar quais ou em troca de quais vantagens ou quais transformações, sempre pode ser apontada contra qualquer proposta descriminalizadora, e não apenas contra o abolicionismo;
- (ii) a ausência de concreção dos termos utilizados acaba por implicar um estado de grave confusão. Além disso, em favor dos abolicionistas, registre-se que a proposta inicial dirigia-se à abolição da pena de prisão e, se os abolicionistas tendem a extremar sua abordagem para a salvaguarda das garantias das pessoas em face de qualquer alternativa à pena ou ao sistema penal, o garantismo não deveria ignorar que essas garantias deveriam conduzir à aplicação de uma pena distinta da pena de prisão.

As críticas dirigidas ao garantismo de Ferrajoli dizem respeito precipuamente à sua oposição em relação às teorias abolicionista e podem ser reunidas em dois grupos a partir da dupla finalidade que justifica, sob sua ótica, a intervenção penal: a prevenção de vinganças privadas ou informais e a prevenção de delitos. (SUXBERGER, 2006, p. 57).

Luigi Ferrajoli (2014, p. 308) ensina que a junção do objetivo utilitário da pena só pode ser atendido por intermédio do parâmetro da “máxima felicidade dividida pelo maior número possível de pessoas”.

Em outras palavras, o Estado só poderá conferir à pena a finalidade única de prevenir os delitos, que segundo o autor, está caracterizado pelo moderno utilitarismo penal, como um utilitarismo partido ao meio “que diz respeito somente à máxima utilidade da maioria, exposto a tentações de autolegitimação autoritária e idôneo a fornecer critérios de deslegitimação, além daqueles de justificação, dos sistemas penais concretos” (FERRAJOLI, 2014, p. 308).

Cesare Beccaria (2013, p. 56), no contexto dos propósitos das penas, assevera que, o fim das penas não é flagelar ou martirizar o ser humano, nem mesmo tem o fim precípua de desfazer o crime praticado. No entanto, seu fim será “apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo”, agindo assim de modo preventivo.

Sob essa ótica, Luigi Ferrajoli (2014) aponta que o modelo de utilitarismo penal está voltado para a finalidade primordial de “não pecar”, estando orientado por escolha de meios penais, especialmente, fortes e ilimitadamente implacáveis. O que mais conta para essa corrente, no plano metaético - o que é o bem ou como pode-se afirmar o que é bom e o que é

mal -, manifestam-se heterogêneos e não síncronos entre si. Os males representados pelos efeitos deletérios dos delitos não são, empiricamente, comparáveis nem, eticamente, justificáveis por meio das penas a eles impostas.

Uma adequada doutrina da justificação externa (FERRAJOLI, 2014, p. 308), emparelhada com limites adequados do Direito Penal, deve recorrer a mais um parâmetro equalizador. Além do máximo bem estar possível em relação aos “não desviantes”, também, um mínimo mal estar aos “desviantes”, ou seja, um papel objetivo justificante não se referindo ao objetivo da prevenção dos delitos, mas sim em face de um critério humanitário do bom senso, totalmente estanque da função limitativa.

Em outros termos, “vale dizer ‘seria’ com base nesta ‘injusta, porque gravosa, além do necessário, para aqueles que devessem suportá-la’, toda e qualquer pena ‘excessiva, ou seja, maior do que necessária para tornar sem efeitos os motivos do delito’” (FERRAJOLI, 2014, p. 308).

O trabalho estatístico empreendido pelo Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal Militar aponta bem para essa discrepância, no tocante à interrelação entre o mínimo e ao máximo bem estar dos membros das Forças Armadas, quando o tema diz respeito à deserção, pois revela que: (i) a massa esmagadora de desertores é composta de jovens; (ii) muitos deles no primeiro ano de serviço militar inicial ou obrigatório; (iii) contando em média com 20 (vinte anos) de idade; e (iv) apresentando uma incompleta formação moral e cívica, inadequada quanto ao correto entendimento em face dos compromissos assumidos com a Força Armada a qual está vinculado.

Os desertores, como indica a pesquisa institucional, constituem-se por jovens imaturos em plena formação pessoal na construção de seu caráter, sem a mínima percepção necessária à compreensão da extensão do compromisso assumido com as Forças Armadas na prestação do serviço militar obrigatório. Impor uma pena de até 02 (dois) anos ao jovem militar que comete a deserção constitui verdadeiro excesso penal, que exorbita a esfera do razoável não pelo ato em si, nem em razão da lesão praticada, mas, especialmente, a quem se destina a pena.

Aliado a tudo isso, soma-se ainda, a formação militar insatisfatória, não pelo conteúdo programático ministrado, escola ou instrutores, mas pelo caráter expedito dos cursos de formação. Adiciona-se, também, à baixa escolaridade dos militares e, em muitos casos, pelo (in)acesso aos bens e serviços fundamentais ofertados pelo Estado, fazendo-se lícita a

seguinte reflexão: a pena prevista para o delito de deserção - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, sem direito ao *sursis*⁴ - apresenta-se proporcional ao delito em si ou se enquadra mais com o objetivo utilitário de “não pecar”?

Além do máximo bem estar possível, em relação ao efetivo de militares do Quartel, não desviantes, haveria um mínimo mal estar ao desertor, enquanto agente desviante? A pena em vigor, para a deserção, tomaria um papel objetivo justificante não se referindo ao objetivo da prevenção dos delitos, mas sim em face de um critério humanitário de bom senso?

Luigi Ferrajoli (2014, p. 308) sustenta essa necessidade de existir um critério humanista genérico, uma aliança com o bom senso, totalmente privado da função limitativa. Sendo assim, qualquer pena pode ser considerada excessiva quando se apresentar maior do que necessária para tomar sem efeito os motivos do delito.

Quando se pensa na dissociação do binômio – injustiça e pena gravosa –, se tem como resolução que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas também, para precaver as punições injustas. Tutela não apenas o sujeito passivo, mas igualmente o sujeito ativo contra as reações quotidianas privadas ou públicas.

O Direito Penal surge no momento em que, a relação bilateral – vítima/agressor –, é comutada por uma relação trilateral, que põe em posição imparcial uma autoridade judiciária. Nessa perspectiva, se o magistrado for movido por sentimentos menos altruístas, como por exemplo, o de vingança, o direito regrediria a um estado primitivo e bárbaro, anterior a formação da civilização.

Ana Pinho certifica que uma decisão não pode ser fruto de preferências pessoais ou de escolhas arbitrárias, inversamente, deve ser argumentativa e construída pelo fundamento principiológico das leis, assim inferindo que:

Não se pode servir a dois senhores. Ou a prisão é ilegítima porque princípios constitucionais estão sendo violados, ou o juiz manda soltar o réu porque volta sua ira contra os neoliberais. Ou a decisão é baseada em princípios (então, desde que coerente fundamentada, tem plena condição de prosperar), ou é fruto de preferências, gostos, desgostos etc. (nesse caso, não há nenhuma chance de tomá-la como válida). O ativismo judicial encontra limites na Constituição. Não se pode fazer o que se quer, ainda que por uma “boa causa”.

⁴ Nos termos do artigo 88, do Decreto-Lei nº 1.001/60, Código Penal Militar, a suspensão condicional da pena não se aplica: (...) II - em tempo de paz: a) por crime contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação, ou de deserção.

(...)
Afinal, os fins justificam os meios, numa democracia? (PINHO, 2013, p. 36).

A questão acima suscitada por Ana Pinho (2013), aplicada aos casos de deserção, encontra perfeita ressonância quando da atuação do Estado em relação à repressão aos militares brasileiros que praticam a deserção. Ao aplicar ao agente uma sanção desproporcional, primeiro, porque o delito é praticado em tempo de paz, segundo, pela lesão insignificante produzida pelo ato e, por fim, pela própria imaturidade do militar, atua de maneira ilegítima e, de certo modo ativista, na medida de que fere a princípios constitucionalmente estabelecidos, por conseguinte, se afasta da proteção das garantias individuais do processado.

O julgamento do desertor, em Primeira Instância, é realizado por um Conselho de Justiça composto de 1 (um) juiz togado e 4 (quatro) juízes militares pertencentes a mesma Força que o réu faz parte. Sendo assim, Direito e experiência profissional-militar se conjugam para apreciar o feito sob esses 2 (dois) principais vértices, de modo que ao julgamento seja acrescido o sentimento militar quanto à fiel observância aos deveres militares, todavia sem se distanciar dos princípios e das normas de Direito.

Não pode assim, o referido Conselho emprestar legitimidade à sua sentença, apenas com o intuito de empregar uma sanção como consequência inafastável ao ato de desertar, deve antes, contudo, levar em conta as condições que circundam o ato, sejam essas factuais e, principalmente, em relação ao próprio desertor.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 310) sustenta que, o Direito Penal tem uma dupla função preventiva, representada pela prevenção geral dos delitos e pela prevenção das penas arbitrárias ou desmedidas. A primeira função, assinala o limite mínimo e, a segunda, o limite máximo das penas. Aquela representa o interesse dos não desviantes, essa a expectativa dos desviantes.

Ora, os 2 (dois) objetivos e interesses se opõem por natureza, por esse motivo que são trazidas ao juízo pelas 2 (duas) partes do contraditório, “a acusação interessada na defesa social e, portanto, em exponenciar a prevenção e a punição dos delitos, e a defesa interessada na defesa individual e, via de consequência, a exponenciar a prevenção de penas arbitrárias” (FERRAJOLI, 2014, p. 310).

Suscitadamente, porém aos moldes do Sistema Garantista o filósofo francês Paul Ricouer (1995) apresenta um juízo de valor conceitual quanto à proteção que o Estado deve

proporcionar aos seus membros, frente à prática de um delito, seja em relação aos desviantes como aos não desviantes. Paul Ricoeur (1995, p. 176) propõe uma reflexão, quanto ao exercício do Direito Penal, como instrumento para instaurar o afastamento entre a violência e a justiça, apresentando 4 (quatro) elementos que considera como primordiais, para qualquer debate sobre o tema.

Circula, pois no âmbito da proporcionalidade coercitiva na esfera do critério de justiça, com o emprego adequado do poder penal do Estado ao caso concreto. Ele começa apresentando fundamentos de referência que vão desde a figura do julgador até a razoabilidade da sanção penal aplicada, como critério de justiça afastado da violência institucional desproporcional.

Inicialmente, propõe a existência de uma “terceira pessoa”, que não participe da questão propriamente dita, mas que seja qualificada para abrir um espaço para a discussão, sob o título geral de terceira pessoa ele coloca 3 (três) instâncias possíveis:

[...] primeira, a instituição de um Estado distinto da sociedade civil e, a este título, detentor da violência legítima (múltiplas variantes históricas são suscetíveis de expressar esta relação entre o poder estático e a sociedade civil, segundo a natureza do consenso estabelecido entre os grupos componentes desta última); segunda, é necessário considerar como terceira a instituição judiciária enquanto distinta de outros poderes do Estado (também aqui a relação é variável, conforme o modelo de separação de poderes ou das autoridades), há que acrescentar, sem falhar como terceiro constituinte da terceira pessoa, o modo particular de recrutamento do pessoal judiciário. A terceira pessoa toma aqui a figura humana do juiz; é importante fazê-la entrar em cena desde o início, visto que os juízes são homens como nós, mas elevados acima de nós para cortar conflitos, ao cabo de provas qualificadas destinadas a concorrer para a aceitabilidade da sentença (RICOEUR, 1995, p. 176).

Num primeiro momento, portanto, poderia se cogitar que, na hipótese, de se transferir a competência da Justiça Militar da União, para o processamento e julgamento dos desertores à Administração Militar, macularia a isenção necessária à apreciação da questão, tendo em vista que, a terceira pessoa, seria outro militar do mesmo meio que o do desertor.

Os julgamentos tanto nas Auditorias Militares, como no próprio Superior Tribunal Militar são conduzidos por Conselhos mistos – Escabinatos. Na Primeira Instância composto por 1 (um) Juiz-Auditor e 4 (quatro) Oficiais, na Segunda Instância, por 5 (cinco) Ministros civis e 10 (dez) Ministros militares.

De qualquer maneira, tanto na Primeira, como na Segunda Instância, o desertor será julgado por seus superiores hierárquicos, valendo para ambos os casos, o voto da maioria do

Conselho Permanente ou Especial de Justiça – Auditorias Militares -, ou do Pleno – Superior Tribunal Militar -, colocando sob a responsabilidade das Forças Armadas, o processamento e o julgamento da deserção, como infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares -, não constituirá mudança do atual cenário jurídico-judiciário.

Todas as 3 (três) Forças Armadas possuem em seus efetivos, além de militares treinados ao combate, outros tantos habilitados em Direito que, efetivamente, prestaram concurso público para o ingresso em sua respectiva Força, com a exigência de que fossem Bacharéis em Direito, com o objetivo direto de assessorarem seus Comandos nesse específico propósito.

Os militares Bacharéis em Direito, portanto, poderão atuar na condução do procedimento administrativo disciplinar-militar, direcionando o processamento para que nenhum direito fundamental seja desrespeitado, seja do desertor como da sociedade militar envolvida.

Em segundo lugar, Paul Ricoeur (1995, p. 177) atribui a terceira pessoa a figura de um sistema jurídico que se classifica como Estado de Direito. Consistindo em um sistema jurídico, substancialmente, de leis escritas que, de um lado, definem os delitos e, por outro, estabelece uma proporção entre o crime e o castigo.

O enquadramento legal da deserção praticada, em tempo de paz, como infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares –, representa uma justa medida e equilibrada razão no trato desse desvio sem a necessidade inafastável do emprego do Direito Penal Militar como a única ou a melhor solução viável. Não se pode entender que Paul Ricoeur (1995) ao propor a edição de leis escritas a fim de estabelecer um prévio padrão legal a ser observado, na ocorrência de desvios de condutas, o fez limitando-se apenas a edição de leis penais, pelo contrário, o ponto fulcral da proposta encontra-se não na espécie, mas, sim, na medida, ou seja, na prévia delimitação legal do desvio, seja está efetivada por intermédio de lei penal ou disciplinar.

Contribui, assim, para por à distância a violência do Direito, tornando possível a qualificação dos delitos e das infrações penais – contravenção ou transgressão disciplinar - como infrações definidas e denominadas de modo mais unívoco possível. Além do mais, a definição de uma dupla escala de delitos e de contravenções e suas respectivas sanções, conforme a proporcionalidade para cada ato, e aqui entra a exata questão da deserção

praticada em tempo de paz, permite fixar qualquer desvio de conduta, com a precisão que se espera encontrar, não somente no papel, mas, particularmente, no fato em si.

Por terceiro, Paulo Ricoeur (1995, p. 178) deixa consignado que se põe como componente primordial à estrutura proposta ao exercício do Direito Penal para o afastamento da violência, o debate em si. Conduzindo a causa pendente de um estado de incerteza a um estado de certeza, para que tal suceda “é importante que o debate faça entrar em cena uma pluralidade de protagonistas que, todos em conjunto – juiz, acusador público, advogado das partes, contribuem para a instauração do que podemos chamar de justa distância”.

Interessa, para a consecução dos propósitos acima elencados, que o debate seja realizado oralmente, do mesmo modo, que seja permitido o contraditório irrestrito, estabelecido o rito por um procedimento legalmente fundado. Nesse enredo, o juiz em primeira aproximação como sujeito passivo, para depois do debate, seja promovido a ator do processo.

Por fim, prossegue o autor (1995, p. 178), como sendo a quarta componente estrutural do processo, a presença da sentença, por meio da qual, se estabelece legalmente a culpabilidade do agente, por meio dessa “o acusado muda de estatuto jurídico: de presumido inocente é declarado culpado”.

Tais componentes assentam fim a uma possível incerteza, aponta às partes os seus respectivos lugares que determinam a justa distância entre a vingança e a justiça. Reconhece como agentes todos quantos praticaram o delito e que, por conseguinte, vão suportar a pena proporcional à lesão produzida. Somente a proteção do justo e a otimização da pena, como quesito de equidade, são pertinentes para distinguir o Direito Penal dos demais sistemas de controle social, revelando-se um preço a ser pago, próprio das sociedades evoluídas.

É importante raciocinar que toda essa estrutura física e jurídica organizada e dimensionada à apuração dos fatos e destinada para que o acusado exerça sua defesa em plenitude, no caso da deserção praticada em tempo de paz, não pode ser limitada à esfera da Justiça Militar da União, como única opção viável.

Figura, nesse exato sentido, a proposta de reflexão deste estudo, a otimização da pena como quesito de equidade, apresentando como opção alternativa ao Direito Penal Militar, ante a humanização e a proporcionalidade da pena, um processo tão antigo e sedimentado quanto a Lei Substantiva Castrense, qual seja, o Procedimento Administrativo Militar.

Longe de constituir uma vingança institucionalizada, o Direito Disciplinar Militar, pode comportar toda carga de garantias constitucionais que permitem, de um lado, que o desviante possa apresentar seus motivos, a fim de se justificar e, de outro, que o julgador fundamente sua decisão nos critérios objetivos da lei.

Essa, pois, constitui a proposta de Paul Ricouer (1995) que evidencia a instituição de um sistema legalizado constituído por bases sólidas que autorizem não apenas a proteção dos direitos fundamentais como, principalmente, garantam o seu cumprimento e permitam a irrestrita e a ampla defesa do agente que será submetido a um processo penal ou a um procedimento administrativo disciplinar que ao final poderá ter como resultado o cumprimento de uma sanção penal ou disciplinar.

O próximo item irá abordar a questão da necessidade de atuação do Direito Penal, apenas quando o bem lesado pela prática do ato desviante for considerado como de direito fundamental.

a. Da tutela dos direitos fundamentais e o Direito Penal mínimo

A utilização do Direito Penal ou do Direito Penal Militar como meio de controle social só pode ser justificável quando o bem lesionado que se traduz pelo objeto juridicamente tutelado, for considerado de natureza fundamental – a vida, a liberdade, a propriedade, a integridade física e mental - de outro modo, a aplicação da lei substantiva penal deve ser relegada à segundo plano.

Considerando a premissa acima, o Estado deve se valer do grau de desenvolvimento da atual sociedade organizada detentora de instrumentos jurídicos tão modernos como eficazes que podem dar uma resposta adequada e equânime aos conflitos entre o agente desviante e a comunidade a que pertence, sem se utilizar de instrumentos que, invariavelmente, tolham a liberdade como resposta legal ao problema, relegando, como considerado acima, apenas às hipóteses de lesão a direitos fundamentais.

Luigi Ferrajoli (2011, p. 104) estabelece, pois 4 (quatro) critérios axiológicos para apresentar uma oposição estrutural entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, para fundar uma resposta racional para a seguinte pergunta: “quais direitos devem ser garantidos como fundamentais?”

O primeiro critério ou fundamento axiológico é a dignidade da pessoa, onde a diferença e a contraposição entre direitos patrimoniais singulares e direitos fundamentais universais, valor relativo e valor intrínseco, entram no campo do disponível e do indisponível, consistindo em direitos fundamentais que asseguram o respeito da identidade da pessoa:

[...] por um lado, direitos de liberdade, que são todos - da liberdade pessoal à liberdade de consciência, da liberdade de pensamento aos direitos da autonomia civil e política - direitos à afirmação, à tutela e à valorização de todas as diferenças de identidade que fazem de cada indivíduo uma pessoa igual a todas as outras (FERRAJOLI, 2011, p.104).

Não se restringe, apenas e tão somente, aos direitos de liberdade, estende-se também aos direitos sociais - saúde, instrução, subsistência e previdência, direitos à redução da desigualdade nas condições de vida -, que via de regra, não estão diretamente relacionados com a identidade das pessoas, mas sim com suas diversidades em nível econômico ou social:

Constitui a esfera do indecidível que, determinada pelo conjunto dos direitos de liberdade e de autonomia, os quais impõe limites, ou seja, proibições de lesão cuja violação gera antinomias, e a esfera do indecidível que não, determina pelo conjunto de direitos sociais, os quais impõe vínculos, quer dizer, obrigações de prestação cuja inobservância gera lacunas. Somente o que fica fora dessa esfera é a esfera do decidível, com base no exercício dos direitos de autonomia: da autonomia política, mediada pela representação, nas produções das decisões públicas; da autonomia privada, diretamente exercida sobre o mercado, na produção das decisões privadas (FERRAJOLI, 2011, p. 110).

Os direitos fundamentais se vinculam a esfera do indecidível, delineado não somente pela dimensão formal das normas, mas, especialmente, pela dimensão substancial, que regulam a produção de normas infra e constitucionais, com base no conteúdo do que se decide, não só na forma de como se decide.

Na hipótese do delito de deserção, os bens juridicamente tutelados dizem respeito ao serviço e ao dever militares, numa primeira análise, que mais adiante será aprofundada, é possível afirmar que não devem ser considerados como direitos fundamentais, pois não se enquandram nas categorias pretendidas por Luigi Ferrajoli (2011), uma vez que, não se enquandram tanto nos direitos de liberdade como nos direitos sociais, naturalmente, são relevantes, mas não a ponto de serem alçados a categoria de fundamental.

O segundo fundamento axiológico está relacionado à igualdade, segundo Luigi Ferrajoli se conecta a dignidade da pessoa em um duplo sentido:

no sentido subjetivo porque é exatamente aquela “dignidade que permite” a cada um, nas relações com as outras pessoas, “medir-se com cada uma delas e de estimar-se com seu igual”, em senso objetivo porque é através da garantia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais que vem assegurada, com igual valor associado a todas as diferenças pessoas de identidade e com a redução das desigualdades materiais, a dignidade das pessoas. (FERRAJOLI, 2011, p. 105).

São direitos de liberdade estabelecidos à assistência do igual valor das diferenças sociais, no que toca aos direitos sociais, relacionados para a redução das desigualdades materiais e sociais.

Segundo Luigi Ferrajoli (2014, p. 105), a sua equivalência com o princípio da igualdade impõe “o respeito das diferenças por meio da garantia dos direitos sociais, opondo-se às opressões e às discriminações”, independente das opiniões ou das vontades dos achatados ou dos opressores.

Alessandra Lorenzo (2013, p. 487) explica que os direitos fundamentais não podem ter seu conteúdo limitado, nos moldes do liberalismo clássico, pois não se apresentam mais, unicamente, na vertente negativa de proteção do cidadão, contra as arbitrariedades do poder estatal. Possuem, também, uma dimensão objetiva, alavancando uma tutela ativa do Estado, na estrada de resguardar e fomentar “a efetiva realização de tais direitos mediante prestações, ou seja, implicam deveres de proteção”.

A submissão do desertor a um processo administrativo militar, permitindo assim que a Administração Militar – Marinha do Brasil, Exército Brasileiro e Força Aérea Brasileira - atuem como condutores de um procedimento disciplinar correspondem à eficiente preservação dos direitos fundamentais. A prestação ativa do Estado na condução de uma tutela concreta não mais ditada pelo Direito Penal Militar, mas relegada a escorreita apuração administrativa-disciplinar corresponderá, inexoravelmente, ao adequado instrumento à efetiva salvaguarda dos direitos fundamentais do desertor, como bem salienta Alessandra Lorenzo (2013).

Luigi Ferrajoli (2011, p. 106) completa, ainda, que os direitos fundamentais são, antes de tudo, direitos subjetivos, concatenados pelo seu caráter universal. Sendo assim, geral e abstrato, no sentido da quantificação universal de seus titulares. Consistem em expectativas negativas de não lesão, como são os direitos de liberdade e de imunidade, até mesmo, caracterizam-se como expectativas positivas de prestação, que são os tidos direitos sociais. Correspondem “pela correlação lógica que subsiste entre expectativas passivas e modalidades

deônticas ativas -, proibições ou deveres (*erga omnes*) impostos, como suas garantias, a cargo da esfera pública”.

A tutela dos mais fracos corresponde, ao terceiro critério axiológico, uma vez que, todos os direitos fundamentais figuram como leis dos mais fracos, em alternativa às leis dos mais fortes que prevaleceriam na sua ausência. Luigi Ferrajoli (2011, p. 106) apresenta 3 (três) justificativas para isso: “em primeiro lugar o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a lei de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência, contra a lei de quem é mais forte social e economicamente”.

Constituindo, destarte, a lei dos mais fracos contra a lei dos mais fortes valem, acima de tudo, como direitos do indivíduo para proteger as pessoas, contra as suas culturas e até mesmo contra suas famílias, “a mulher contra o pai e o marido, o menor contra os pais, e, em geral, os oprimidos contra as suas culturas opressivas, inclusive as suas religiões” (FERRAJOLI, 2011, p. 106).

Não se faz necessário estender a razão para além do óbvio a fim de constatar que na relação – Estado *versus* cidadão –, o desertor figura como o polo mais fraco em conexão com as Forças Armadas. Não se justifica, *a priori*, o ato de desertar, como de igual maneira não se pretende apresentar justificativas para tal atitude, mas impor ao desertor a submissão a um processo penal militar, ante a tradicionalidade da cultura militar, regida pelo cumprimento rigoroso dos deveres militares, corresponde à imposição cultural da vontade do mais forte ao mais fraco, como apregoa Luigi Ferrajoli (2011).

A paz constitui o quarto fundamento axiológico apresentado por Luigi Ferrajoli, corresponde a todos os direitos fundamentais, que devem ser garantidos para resguardar os direitos vitais que levam, conseqüentemente, a paz desejada, tais como:

[...] o direito à vida e à integridade pessoal, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais à sobrevivência; em resumo todos os direitos em que a ausência de tutela e satisfação se degenera na violência opressiva dos mais fortes ou na revolta dos mais fracos. Por isso estes ingressam naquela que eu chamei a “esfera do indisponível”. (FERRAJOLI, 2011, p. 107).

O autor (2011, p. 107) aponta, por conseguinte, que são fundamentais todos os direitos dos quais a garantia depende a paz, não justificando, em hipótese alguma, qualquer tipo de violação, existindo uma correlação biunívoca entre o grau de paz e o grau de Garantismo para

a estrutura de todos esses direitos: “a paz é tanto mais sólida e os conflitos tantos menos violentos e chocantes, quanto mais às garantias de tais direitos são extensas e efetivas”.

Quando o Estado dispõe do desertor como réu no processo penal militar, pretende antes de tudo, restabelecer o equilíbrio social abalado pela conduta desviante. Em outras palavras, pretende por meio do referido processo dar uma resposta institucionalizada para que a segurança jurídica seja restaurada e assim preservada de futuras ações dessa natureza.

Luigi Ferrajoli (2011) bem assegura que para solidez da paz deve ser inversamente proporcional o grau de violência dispensada pelo Poder Público à preservação dos direitos fundamentais. Ora se é a restauração da segurança jurídica, ou seja, da paz social que o Estado pretende alcançar, esta compreendida entre os membros das Forças Armadas em relação a deserção, não pode configurar *conditio sine qua non* a propositura de uma ação penal militar para que o desertor responda por seus atos, primeiro, porque os bens tutelados pelo delito de deserção não constituem direitos fundamentais, segundo, porque a medida judicial militar se caracteriza desproporcional à efetiva lesão produzida ao dever e aos serviços militares.

O processo disciplinar militar, como meio legal de solução de conflitos no âmbito da caserna, pode representar a precisa medida, para os casos de deserção em tempo de paz, dentro do grau de paz e do grau de Garantismo pretendidos por Luigi Ferrajoli (2011), afastando a desproporcionalidade do processo judicial a esses casos, assegurando ao mesmo tempo os direitos fundamentais do militar, que antes de tudo também é um cidadão como qualquer outro, e da sociedade militar que se sentirá satisfeita sabendo que o Estado não ficou silente em razão do desvio de conduta praticado.

O objetivo amplo tanto do Direito Penal Militar, como na mesma medida, do Direito Administrativo Militar Disciplinar corresponde, numa dupla finalidade preventiva, identificando como bem assegura Luigi Ferrajoli (2014, p. 311), “o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência em sociedade”.

O delito e a infração disciplinar – contravenção ou transgressão militares -, bem como a vingança propriamente dita constituem o exercício desarrazoado da vontade, inexoravelmente, um conflito solucionado pela força arbitrária, descontrolada, desproporcional e desregulada, muitas das vezes voltada até mesmo contra um inocente.

A lei como um todo, não só o Direito Penal Militar, mas também na mesma medida os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas⁵ minimizam essa dupla violência. Acautelando, por meio de sua posição proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito ou a infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares – expressam, mediante sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança poderia expressar.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 311) consigna, ainda, que “o objetivo do direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam”. Mas sim, a proteção do fraco contra o forte, ou seja, “do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários”.

Em razão do monopólio da força delineado pela lei, como acima referendado, os Regulamentos Disciplinares para as Forças Armadas, como exemplo, cita-se o Decreto nº 88.545/83, que aprova o Regulamento Disciplinar da Marinha do Brasil, tem por propósito, a especificação e a classificação das contravenções disciplinares e o estabelecimento das normas relativas à amplitude e à aplicação das penas, à classificação do comportamento militar frente à disciplina⁶ necessária ao bom andamento do serviço e à interposição dos respectivos recursos necessários à reapreciação do assunto, de modo que sejam asseguradas todas as garantias constitucionais e os respectivos direitos fundamentais.

Como bem aponta Luigi Ferrajoli (2014), essa legitimidade que foi conferida aos Regulamentos Disciplinares não pode ser considerada democrática, ao contrário, se constituiu

⁵ As Forças Armadas dispõem de Regulamentos Disciplinares que disciplinam tanto a tipificação das contravenções e transgressões disciplinares, como a atividade de verificabilidade e refutabilidade das mesmas, nesse passo, a Força Aérea Brasileira dispõe do Decreto nº 76.322/75, que aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER); a Marinha do Brasil do Decreto nº 88.545/83, que aprova o Regulamento Disciplinar para a Marinha (RDM) e dá outras providências, e por fim, o Exército Brasileiro detém o Decreto nº 4.346/02 que aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências.

⁶ Segundo o artigo 2º, do Decreto nº 88.545/83, configura disciplina a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. Seu parágrafo único assevera que a disciplina militar manifesta-se basicamente pela: - obediência pronta às ordens do superior; - utilização total das energias em prol do serviço; - correção de atitudes; e - cooperação espontânea em benefício da disciplina coletiva e da eficiência da instituição.

antes de tudo Garantista, residindo nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos da sociedade.

O Garantismo pode significar a tutela dos valores ou direitos fundamentais, dos quais, depende a satisfação mesmo que contra os interesses da maioria. Constitui o objetivo justificante do Direito Penal e, por arrasto, dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, como ato normativo de solução aos conflitos, em razão de condutas administrativas desviantes.

Em face das garantias dos direitos fundamentais, segundo Luigi Ferrajoli (2014, p. 311) é “que torna aceitável por todos inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário”.

Luigi Ferrajoli propõe uma reflexão acerca do objetivo do Direito Penal, enquanto uma apropriada doutrina de justificação, nos termos da sua Teoria Garantista. Importando, assim, em critérios de deslegitimação do poder punitivo do Estado, considerando que só se justifica um sistema penal se a soma das violências, delitos e vinganças, sejam maiores que as próprias penas:

Acredito que somente concebendo desta forma, o objetivo do direito penal seja possível obter uma adequada doutrina de justificação e, conjuntamente, uma teoria garantista dos vínculos e dos limites - e, conseqüentemente, dos critérios de deslegitimação - do poder punitivo do Estado. Com efeito, poderíamos dizer que um sistema penal somente se justifica se a soma das violências - delitos, vinganças e punições arbitrárias - que este é capaz de prevenir for superior àquela das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a este cominadas. Naturalmente um cálculo deste gênero é impossível. Entretanto, pode-se dizer que a pena é justificada como mal menor - ou seja, somente se menor, menos aflitiva e menos arbitrária - se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziram na sua ausência; e que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva. (FERRAJOLI, 2014, p. 312).

Esse trecho traduz a essência reflexiva do presente trabalho, no caso pontual da deserção, onde estando o militar ausente, por motivo injustificado, por mais de 8 (oito) dias é colocado sob a responsabilidade do Poder Judiciário Militar da União, para se sujeitar às penas e às regras processuais impostas pelo Direito Penal e Processual Militar.

Uma abordagem transversal, qual seja, a solução do problema por meio da aplicação de um Código disciplinar traz a seguinte indagação: já existindo, por exemplo, para a Marinha

do Brasil, um rol de 84 (oitenta e quatro) contravenções disciplinares⁷, no caso de seu respectivo Regulamento Disciplinar, não seria possível lidar com a conduta desviante como

⁷ Pode-se observar pelo Decreto nº 88.545/83, a amplitude da tipificação das contravenções disciplinares no âmbito da Marinha do Brasil. Segundo o artigo 7º, do referido Decreto, constituem contravenções disciplinares: dirigir-se ou referir-se a superior de modo desrespeitoso; censurar atos de superior; responder de maneira desatenciosa ao superior; dirigir-se ao superior para tratar de assuntos de serviço ou de caráter particular em inobservância à via hierárquica; deixar o subalterno, quer uniformizado quer trajando à paisana, de cumprimentar o superior quando uniformizado, ou em traje civil, desde que o conheça; ou deixar de prestar-lhe as homenagens e sinais de consideração e respeito previstos nos regulamentos militares; deixar deliberadamente de corresponder ao cumprimento do subalterno; deixar de cumprir ordem recebida da autoridade competente; retardar, sem motivo justo, o cumprimento de ordem recebida de autoridade competente; aconselhar ou concorrer para o não cumprimento de qualquer ordem de autoridade competente ou para o retardamento da sua execução; induzir ou concorrer intencionalmente para que outrem incida em contravenção; deixar de comunicar ao superior a execução de ordem dele recebida; retirar-se da presença do superior sem a sua devida licença ou ordem para fazê-lo; deixar o Oficial presente a solenidade interna ou externa onde se encontrem superiores hierárquicos de apresentar-se ao mais antigo e saudar os demais; deixar, quando estiver sentado, de oferecer seu lugar ao superior, ressalvadas as exceções previstas no Regulamento de Continências, Honras e Sinais de Respeito das Forças Armadas; representar contra o superior: a) sem prévia autorização deste; b) em inobservância à via hierárquica; c) em termos desrespeitosos; d) empregando argumentos falsos ou envolvendo má-fé. deixar de se apresentar, finda a licença ou cumprimento de pena, aos seus superiores ou a quem deva fazê-lo, de acordo com as normas de serviço da Organização Militar; permutar serviço sem autorização do superior competente; autorizar, promover, tomar parte ou assinar representação ou manifestação coletiva de qualquer caráter contra superior; recusar pagamento, fardamento, equipamento ou artigo de recebimento obrigatório; recusar-se ao cumprimento de castigo imposto; tratar subalterno com injustiça; dirigir-se ou referir-se a subalterno em termos incompatíveis com a disciplina militar; tratar com excessivo rigor preso sob sua guarda; negar licença a subalterno para representar contra ato seu; protelar licença, sem motivo justificável, a subalterno para representar contra ato seu; negar licença, sem motivo justificável, a subalterno para se dirigir a autoridade superior, afim de tratar dos seus interesses; deixar de punir o subalterno que cometer contravenção, ou de promover sua punição pela autoridade competente; deixar de cumprir ou de fazer cumprir, quando isso lhe competir, qualquer prescrição ou ordem regulamentar; ofender física ou moralmente qualquer pessoa, procurar desacreditá-la ou concorrer para isso, desde que não incorra em crime; desrespeitar medidas gerais de ordem policial, embaraçar sua execução ou concorrer para isso; desrespeitar ou desconsiderar autoridade civil; desrespeitar, por palavras ou atos, a religião, as instituições ou os costumes de país estrangeiro em que se achar; faltar à verdade ou omitir informações que possam conduzir à sua apuração; portar-se sem compostura em lugar público; apresentar-se em Organização Militar em estado de embriaguez ou embriagar-se e comportar-se de modo inconveniente ou incompatível com a disciplina militar em Organização Militar; contrair dívidas ou assumir compromissos superiores às suas possibilidades, comprometendo o bom nome da classe; esquivar-se a satisfazer compromissos assumidos de ordem moral ou pecuniária; não atender a advertência de superior para satisfazer débito já reclamado; participar em Organização Militar de jogos proibidos, ou jogar a dinheiro os permitidos; fazer qualquer transação de caráter comercial em Organização Militar; estar fora do uniforme determinado ou tê-lo em desalinho; ser descuidado no asseio do corpo e do uniforme; ter o cabelo fora das normas regulamentares; dar, vender, empenhar ou trocar peças de uniformes fornecidas pela União; simular doença; executar intencionalmente mal qualquer serviço ou exercício; ser negligente no desempenho da incumbência ou serviço que lhe for confiado; extraviar ou concorrer para que se extraiem ou se estraguem quaisquer objetos da Fazenda Nacional ou documentos oficiais, estejam ou não sob sua responsabilidade direta; deixar de

uma infração disciplinar e não como delito propriamente dito, considerando ao final a efetiva lesão produzida?

comparecer ou atender imediatamente à chamada para qualquer exercício, faina, manobra ou formatura; deixar de se apresentar, sem motivo justificado, nos prazos regulamentares, à Organização Militar para que tenha sido transferido e, às autoridades competentes, nos casos de comissões ou serviços extraordinários para que tenha sido nomeado ou designado; deixar de participar em tempo à autoridade a que estiver diretamente subordinado a impossibilidade de comparecer à Organização Militar ou a qualquer ato de serviço a que esteja obrigado a participar ou a que tenha que assistir; faltar ou chegar atrasado, sem justo motivo, a qualquer ato ou serviço de que deva participar ou a que deva assistir; ausentar-se sem a devida autorização da Organização Militar onde serve ou do local onde deva permanecer; ausentar-se sem a devida autorização da sede da Organização Militar onde serve; deixar de regressar à hora determinada à Organização Militar onde serve; exceder a licença; deixar de comunicar à Organização Militar onde serve mudança de endereço domiciliar; contrair matrimônio em desacordo com a legislação em vigor; deixar de se identificar quando solicitado por quem de direito; transitar sem ter em seu poder documento atualizado comprobatório de identidade; trajar à paisana em condições que não as permitidas pelas disposições em vigor; permanecer em Organização Militar em traje civil, contrariando instruções em vigor; conversar com sentinela, vigia, plantão ou preso incomunicável; conversar, sentar-se ou fumar, estando em serviço e quando não permitido pelas normas e disposições da Organização Militar; fumar em lugares onde seja proibido fazê-lo, em ocasião não permitida, ou em presença de superior que não seja do seu círculo, exceto quando dele tenha obtido licença; penetrar nos aposentos de superior, em paióis e outros lugares reservados, sem a devida permissão ou ordem para fazê-lo; entrar ou sair da Organização Militar por acesso que não o determinado; introduzir clandestinamente bebidas alcoólicas em Organização Militar; introduzir clandestinamente matérias inflamáveis, explosivas, tóxicas ou outras em Organização Militar, pondo em risco sua segurança, e desde que não seja tal atitude enquadrada como crime; introduzir ou estar de posse em Organização Militar de publicações prejudiciais à moral e à disciplina; introduzir ou estar de posse em Organização Militar de armas ou instrumentos proibidos; portar arma sem autorização legal ou ordem escrita de autoridade competente; dar toques, fazer sinais, içar ou arriar a bandeira nacional ou insígnias, disparar qualquer arma sem ordem; conversar ou fazer ruído desnecessário por ocasião de faina, manobra, exercício ou reunião para qualquer serviço; deixar de comunicar em tempo hábil ao seu superior imediato ou a quem de direito o conhecimento que tiver de qualquer fato que possa comprometer a disciplina ou a segurança da Organização Militar, ou afetar os interesses da Segurança Nacional; ser indiscreto em relação a assuntos de caráter oficial, cuja divulgação possa ser prejudicial à disciplina ou à boa ordem do serviço; discutir pela imprensa ou por qualquer outro meio de publicidade, sem autorização competente, assunto militar, exceto de caráter técnico não sigiloso e que não se refira à Defesa ou à Segurança Nacional; manifestar-se publicamente a respeito de assuntos políticos ou tomar parte fardado em manifestações de caráter político-partidário; provocar ou tomar parte em Organização Militar em discussão a respeito de política ou religião; faltar com o respeito devido, por ação ou omissão, a qualquer dos símbolos nacionais, desde que em situação não considerada como crime; fazer uso indevido de viaturas, embarcações ou aeronaves pertencentes à Marinha, desde que o ato não constitua crime. Disparar arma em Organização Militar por imprudência ou negligência; concorrer para a discórdia ou desarmonia ou cultivar inimizades entre os militares ou seus familiares; e 84. Disseminar boatos ou notícias tendenciosas. *Parágrafo único.* São também consideradas contravenções disciplinares todas as omissões do dever militar não especificadas no presente artigo, desde que não qualificadas como crimes nas leis penais militares, cometidas contra preceitos de subordinação e regras de serviço estabelecidos nos diversos regulamentos militares e determinações das autoridades superiores competentes.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 384) aponta que a Justiça Penal, “com o caráter inevitavelmente desonroso de suas intervenções”, não deve ser incomodada e, sobretudo, não pode incomodar os membros de uma sociedade por fatos de escassa importância.

O legislador deve decidir se o fato por ele proibido deve ter caráter administrativo ou penal. Um fato típico, cuja sanção constitui uma pena privativa de liberdade, mais ou menos elevada, quando for possível entender que esse o fato, não lesiona bens ou direitos fundamentais, poderá ser (re)alocado como ilícito administrativo, de modo que, fique sob a competência da autoridade administrativa.

É preciso considerar que as Forças Armadas, ainda que pertencentes à sociedade brasileira, compõem um grupo distinto de pessoas com costumes e princípios próprios, avaliando o sentido de suas ações pela compreensão de valores que, embora inteligíveis, são tratados de modo linear, sem desvios ou adaptações, ante ao compromisso profissional assumido.

A aplicação do Regulamento Disciplinar, para os casos de deserção, poderia ser uma alternativa, como considera Luigi Ferrajoli (2014), sendo a pena disciplinar um “mal menor”, frente a lesão produzida à Organização Militar, em tempo de paz, pela ausência injustificada do militar, ainda mais, não deixando de considerar o atual perfil do militar que vem incidindo nesse desvio de conduta.

O capítulo 2 (dois) tratará à tona as várias modalidades de deserção, bem como os fatos típicos relacionados a esse delito, e no capítulo 3 (três) graças ao trabalho do Centro de Estudos do Superior Tribunal Militar foi possível traçar o perfil do militar que tem se engajado nessa prática, consistindo entre esses jovens na faixa de 20 (vinte) anos, sem a devida maturidade e formação militar adequada para compreender a real extensão de seus atos.

Por um lado, poder-se-á chegar à conclusão, considerando a especificidade de cada fato típico, que nem sempre será possível afastar a aplicação do Direito Penal Militar, por outro, levando em consideração a efetiva lesão ao bem tutelado, bem como a pessoa do infrator a mera contextualização do problema sob a ótica do Direito Disciplinar Militar será condição mais do que suficiente e justa para solucionar a questão afastando, consequentemente, a violência que a lei substantiva castrense impõe, invariavelmente, ao jovem infrator.

Tatiana Bicudo assevera que a política criminal ou a justificação externa ou ético-política assume a função de defesa dos direitos fundamentais, orientando o Direito Penal à sua natureza subsidiária:

[...] conforme os princípios do constitucionalismo e do garantismo. Isso significa dizer que os conflitos sociais podem ser resolvidos por outros instrumentos que não penais, deixando claro que somente quando houver uma ameaça aos direitos fundamentais é que o Direito Penal se legitima como forma de solucionar tais conflitos. Somente as lesões que podem causar perigo ou ofensa a bens fundamentais é que são passíveis de justificar as proibições penais, devendo os demais conflitos ser resolvidos fora da esfera penal. (BICUDO, 2015, p. 139).

A autora (2015, p. 140) deixa consignado que, a ideia do Direito Penal, como forma de se socorrer os direitos tanto dos não desviantes como dos agentes de delitos, possui correlação com o pacto social incorporado pela modernidade. Diz, ainda, que o Direito Administrativo Disciplinar também pode entrar nessa ordem de ideias, como instrumento legalmente instituído cuja finalidade remonta a garantia dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a manutenção da ordem e da segurança das Forças Armadas.

Diante disso, o Estado de Direito, com o fulcro de propiciar a ordem e a harmonia na sociedade, erradicando a violência na solução dos conflitos, toma para si o monopólio dessa para promover a submissão dos conflitos.

Na hipótese da deserção, a violência que se pretende afastar consiste no possível arbítrio das autoridades militares no trato da questão, impossibilitando dessa maneira a sobreposição dos deveres militares em desfavor das garantias individuais e dos respectivos direitos fundamentais dos militares.

Existe, em vista disso, uma correlação entre o Garantismo e a intervenção mínima, em que os direitos fundamentais assumem uma dupla função: “a negativa, limitando a intervenção penal, e a positiva, em termos de definição possível do objeto penal” (BICUDO, 2015, p. 140).

Continua a asseverar que, somente as lesões que podem causar perigo ou ofensa aos bens fundamentais, é que são passíveis de justificar as proibições penais, devendo os demais conflitos serem deliberados fora do âmbito do Direito Penal:

O primeiro e mais elementar critério é o de justificar as proibições só quando se dirigem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social e, em todo caso, externos ao direito mesmo, entendendo por ataque não só o dano causado, mas, também - por ser inerente à

finalidade preventiva do Direito Penal, cuja lesão é necessária, ainda que não seja suficiente, para a justificação das proibições penais, estão, por razões óbvias, todos os direitos fundamentais, isto é, não só os clássicos individuais e liberais, mas também os coletivos e/ou sociais, como o direito ao meio ambiente ou à saúde. Mas também devem incluir-se bens que não são direitos, como o interesse coletivo, e certamente fundamental, a uma administração não corrupta de assuntos gerais. De qualquer forma, deve tratar-se de um dano ou perigo verificável ou valorável empiricamente, partindo das características de cada comportamento concreto proibido, e não considerando em conteúdo a proibição (FERRAJOLI, 2014, p. 451).

O melhoramento do sistema político nacional se mensura tanto pela faculdade de condescender as condutas desviantes, como fruto das apreensões sociais não solucionadas, como antecipá-las, sem a imposição de meios punitivos ou impositivos, fazendo esgotar as suas causas materiais, à medida que os direitos fundamentais estejam realizados, assim:

Conforme nosso entendimento, não há como ignorar a filosofia do Direito Penal moderno, que privilegia na construção de um modelo punitivo os valores de segurança, enquanto modo de estabelecimento de normas harmônicas de convívio social, e o do limite do arbítrio punitivo, como forma de assegurar uma punição proporcional ao dano cometido e formalizado, por meio do monopólio da aplicação punitiva pelo Estado, evitando práticas vingativas de sujeitos particulares (BICUDO, 2015, p. 141 e 183).

Francisco Neto considera que há dificuldades em elencar e classificar os direitos fundamentais vítimas das lesões injustas, tendo em vista que, a cada dia que passa, maior é o número de direitos galgados a esse posto. Um caminho a ser oferecido, ao esclarecimento dessa questão, são os valores primordiais que acompanham o homem, como condições essenciais de sua sobrevivência:

Se os problemas principais do homem na história da sociedade sempre foram gerados pelo excesso de poder de alguns à frente do comando dos Estados, ou pelo excesso de riqueza de alguns em detrimento da miséria de outros, possível afirmar que há um campo intocável: a liberdade e os direitos de sobrevivência e de desenvolvimento da vida humana (NETO, 2005, p. 135).

Dispor a deserção como infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares -, conforme a terminologia de cada Força Armada –, para assim deixar as raias da tipificação penal militar, encontra pleno respaldo nas linhas acima apresentadas.

Primeiro porque os bens lesionados pelo delito – dever e serviços militares – não fazem parte do rol de direitos fundamentais individuais ou coletivos. Segundo porque, em tempo de paz, a deserção constitui uma infração penal de menor potencial ofensivo, a ser resolvida por intermédio de um procedimento administrativo disciplinar, fazendo com que o

Direito Penal Militar tome sua posição de controle subsidiário, quando as leis e os princípios gerais de Direito apresentam outro caminho viável à solução dos conflitos.

Há de ser considerado, ainda, a medida da pena em relação ao prejuízo produzido pela deserção, de modo que, a vingança sistematizada pela atuação do Estado não seja superior ao mal produzido, tornando demasiadamente aflitiva o castigo empregado. Impor uma pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção em face da ausência do militar, sem que gere um prejuízo considerável ao bom andamento das atividades militares, configura um excesso que deve ser evitado, sob pena da sanção do Estado, como acima exposto, representar um suplício desmedido em desfavor do réu.

A efetiva lesão produzida pela deserção, em tempo de paz, não justifica a aplicação da aludida sanção, há que ser considerado que além da pena excessiva em relação ao mal praticado, a lei substantiva castrense também não autoriza a concessão do benefício suspensão condicional da pena⁸, tornando ainda mais descomedida à atuação do Estado na solução do conflito.

Ocorre, assim, uma desproporcionalidade coercitiva em detrimento do ato praticado, onde a mera aplicação de uma sanção administrativa seria suficiente, primeiro, como resposta legal ao problema apresentado, segundo, porque o agente da deserção compreenderia a reprovabilidade de sua conduta e o meio militar vislumbraria que as medidas legais foram tomadas, não ficando o desvio de conduta sem o necessário tratamento legal.

Tais afirmações são reflexos de um pensar voltado à solução do problema, sem se afastar das raias da legalidade, mensurando a atuação do Direito Penal Militar como modo subsidiário ao enfrentamento e a efetiva solução da situação.

No próximo item, será abordada a questão da lesividade do delito como critério substancial a justificação da aplicação do Direito Penal.

⁸ Segundo a alínea “a”, do inciso II, do artigo 88, do Decreto-Lei nº 1001/69, Código Penal Militar, a suspensão condicional da pena não se aplica, em tempo de paz, ao réu condenado pelo delito de deserção.

1.2 Da lesividade do delito

O Princípio da Utilidade Penal justifica a limitação da esfera das proibições penais, em conformidade, com a função preventiva da pena como precaução a possível lesão derivativa. Assim, apenas às ações reprováveis por seus efeitos lesivos aos não desviantes, podem justificar uma sanção penal.

Cesare Beccaria (2013, p. 43 e 45) propôs que a necessidade de congregação dos homens em sociedade, resulta da própria oposição aos interesses individuais sobre os coletivos. Formando, por assim dizer, uma categoria de desarranjo, “das quais o primeiro grau consiste naquelas que destroem imediatamente a sociedade, e, o último, na mínima injustiça possível, feita a seus membros privados”.

Entre esses polos, encontram-se os delitos que, segundo o autor, vão decrescendo por graus imperceptíveis, do mais grave ao mais leve. Todo fato demarcado entre os 2 (dois) limites não pode ser chamado de delito, nem mesmo punido como tal, “senão por aqueles que têm interesse em assim chamá-la” (BECCARIA, 2013, p. 43 e 45).

Essa incerteza conceitual produz, na sociedade, uma moral que pode contradizer as leis, bem como as leis atuais que se excluem e que podem submeter o justo às penas rigorosas:

As precedentes reflexões dão-me o direito de afirmar que a única e verdadeira medida do delito é o dano causado à nação, errando, assim, os que pensavam que a verdadeira medida do delito era a intenção de quem o comete. Esta depende da impressão atual de homem para homem, e, em cada homem, com a velocíssima sucessão das ideais, das paixões e das circunstâncias. Seria, então, necessário elaborar um Código especial para cada cidadão e uma nova lei para cada delito. Às vezes, os homens, com a melhor das intenções, causam o maior mal à sociedade. Outras vezes, com a maior má vontade, causam o maior bem. Outros medem o delito mais pela dignidade da pessoa ofendida do que por sua importância em relação ao bem-estar geral. Se esta fosse a verdadeira medida do delito, uma irreverência para com o Ser dos seres deveria ser punida mais atrozmente do que o assassinato de um monarca, porque a superioridade da natureza compensaria infinitamente a diferença da ofensa (BECCARIA, 2013, p. 45).

A questão maior desse estudo visa, portanto, encontrar o ponto de equilíbrio proposto por Beccaria, indagar sobre as razões da deserção e de seu respectivo agente. Primordialmente, trazer à lume uma análise doutrinária e conceitual sobre a efetiva lesão produzida pelo delito em questão, em face do meio que se perpetra a agressão e, se

justificaria, a manutenção como infração penal ou a desclassificação para infração disciplinar militar.

A lei penal tem, via de regra, a obrigação de precaver os mais pesados custos individuais e, ainda mais, sociais representados pelos efeitos danosos da lei e, somente eles podem justificar o preço das penas e das proibições. Luigi Ferrajoli (2014, p. 426) assenta que o princípio axiológico da separação entre o Direito e a moral torna interdito a proibição penal de “condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive perigosos”.

A possível confusão entre o Direito e a moral desfavorece tanto ao que deseja a invasão totalitária, quanto a mais autêntica intenção de justiça. Ficará, pois, confiada às medidas coercitivas de opções autônomas e incondicionadas que resultará em uma dupla limitação ao poder proibitivo do Estado.

O primeiro limite estaria intrínseco no Princípio da Necessidade ou Princípio da Economia das Proibições Penais, da qual deriva o Princípio da Pena Mínima Necessária e o Princípio da Máxima Economia na configuração dos delitos, sendo assim, “uma lei que não é necessária, ao carecer do fim para o qual se propõe, não é boa” (FERRAJOLI, 2014, p. 427).

A intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosa à liberdade e à dignidade, exigindo que se dela recorra somente como *ultima ratio*, nessa razão escreve o autor:

À diferença das visões acentuadamente éticas do direito penal e das consequentes ilusões panpenalistas e terapêuticas que se afirmaram no século XIX, o pensamento liberal clássico parte, em síntese, do pressuposto já enunciado por Aristóteles de que as proibições, não menos do que os castigos, são um mal “artificial” ou “contra a natureza”, e concluiu justificando-as apenas pela necessidade de defender os direitos fundamentais dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2014, p. 427).

Ao Direito Penal cabe o objetivo de tutelar os membros de determinada sociedade, minimizando a violência, na hipótese das Forças Armadas essa tarefa está designada ao Direito Penal Militar. Nesse caso, as únicas proibições penais justificáveis são aquelas cuja necessidade se apresente como absoluta e as proibições mínimas necessárias, ou seja, as criadas para proibir condutas lesivas que, efetivamente, suporiam uma maior violência e uma maior gravidade de lesão ao Direito.

Pode-se afirmar que a deserção, em tempo de paz, não produz uma lesão significativa que somente a atuação do Direito Penal Militar teria condições de responder à altura. A efetiva violência produzida pela ausência do militar, em tempo de paz, ou seja, dentro de uma rotina administrativa normal não justifica a aplicação de uma sanção penal militar, considerando, ainda, que conforme se verifica pela pesquisa institucional realizada pelo Superior Tribunal Militar os militares que desertam são soldados, marinheiros ou recrutas que desempenham atividades relacionadas a serviços gerais de manutenção da Organização Militar, cuja substituição por outro militar, supriria sua ausência sem maiores entraves.

Luigi Ferrajoli aponta um segundo limite, pela secularização do Direito e sua separação da moral, da consideração utilitarista da necessidade penal como tutela de bens fundamentais:

E explicita-se no princípio da lesividade, que constitui o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais ou constitutivos do delito: a natureza lesiva do resultado, isto é, dos efeitos que produz. A absoluta necessidade das leis penais, requerida pelo axioma A3, fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos, segundo o princípio recolhido no nosso axioma A4, “nulla necessitas sine injuria”, e na tese seguinte, “nulla poena, nullum crimen nulla lex poenalis sine injuria”. (FERRAJOLI, 2014, p. 428).

Somente as repressões, do mesmo que se dá em relação às penas, podem ser consideradas como instrumentos de minimização da violência e da tutela em favor dos mais fracos, em defesa dos ataques arbitrários dos mais fortes, como concepção do Direito Penal como instrumento de proteção dos Direitos fundamentais.

Sendo assim, o desertor no âmbito da aritmética penal militar - lesão produzida pelo delito *versus* proteção do Estado – não deve ser considerado o polo forte em detrimento do polo fraco que representaria as Forças Armadas.

O Princípio da Lesividade impõe ao Direito Penal o ônus de demonstrar a sua real necessidade, onde a necessária lesividade do resultado, condicionaria a justificação utilitarista de tal Direito como instrumento de tutela e, por conseguinte, constitui seu principal limite axiológico externo.

Quando se afirma que, um determinado bem ou interesse é um bem juridicamente tutelado e que, portanto, sua lesão é um dano sofrido, corresponde manifestar um juízo de valor que baliza a justificação de sua aplicação, valendo-se de um instrumento extremo, qual seja, a sanção penal.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 429) assevera, por sua vez, que estando ligado o Princípio da Lesividade à necessidade das penas e, com isso, à versão liberal da utilidade penal como mínima restrição necessária, estabelecendo seus parâmetros e alcances, torna-se lícito vincular o legislador a máxima missão do Direito de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um.

O aludido princípio tem papel primordial na definição do Estado de Direito moderno e, na elaboração de um Direito Penal mínimo. Facilitando a fundamentação jurídica para orientar a defesa dos cidadãos mais fracos, por intermédio, de uma tutela de direitos e de interesses considerados necessários e fundamentais.

Atribuir uma pena, violência sistematizada pela lei, desproporcional ao delito praticado, conseqüentemente, à lesão produzida, seria a princípio uma inversão de valores onde o forte - Estado, se voltaria em estado de vingança contra o fraco - agente, autorizando a desmedida como justificativa do ato, não como reparação da segurança jurídica abalada. Com isso, não se pretende afirmar que, o desertor é uma vítima do meio em que está inserido ou que a deserção é um ato justificado ante os direitos fundamentais do agente.

A deserção praticada pelo militar dentro de uma rotina administrativa normal, ou seja, em tempo de paz, não deixa, é claro, de constituir uma lesão dirigida ao bom andamento das atividades do Quartel. Todavia, no atual estado de compreensão do Direito, ao menos na maioria dos países do eixo ocidental, é possível afirmar que se torna viável empreender uma reflexão sincera e consciente sobre a reavaliação do delito de deserção não mais como infração penal, mas como infração de cunho meramente administrativo – contravenção ou transgressão disciplinares.

A penalização da deserção não pode ser considerada, como uma vingança em desfavor do militar, um castigo no sentido literal da palavra, pois o que se pretende com o Direito Penal Militar, face ao Princípio da Proporcionalidade, é encontrar um peso ou medida que se apresente justa e precisa ante a lesão produzida.

Hoje, o Direito brasileiro consubstanciado por uma legislação moderna e democrática, aliado a atuação efetiva de operadores do Direito na produção científica sempre conectada com o que há de mais moderno no mundo jurídico, somado a tecnologia de comunicação entre academias a nível transnacional, tem plena condição de apresentar soluções alternativas e compatíveis à aludida mensuração da pena, portanto, afastar como a única solução do problema a aplicação de uma sanção penal.

Na sequência, será discutida a questão ética ou política como princípio de valoração, do bem juridicamente tutelado, autorizando uma compreensão do problema sob a ótica do contorno externo ou político.

a. Do problema externo ao bem jurídico

Uma perspectiva legalista sob a questão ética ou política da justificação do conteúdo das proibições é uma doutrina não jurídica, mas política, esculpida em derredor de critérios de política criminal.

A medida que se pleiteia, a correspondência entre prevenção de delitos e a tutela de bens jurídicos, constitui esse o complemento necessário da doutrina sobre a justificação externa da pena.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 433) apresenta 3 (três) critérios para uma política orientada à tutela máxima de bens, com o mínimo necessário de proibições e de castigos.

O primeiro critério, a justificar as proibições, somente existirá quando se guiar ao impedimento de agressões concretas em desfavor de bens do tipo fundamental ou social, de todo modo, externos ao mesmo Direito. Entendendo por ataque, não somente o dano causado, mas também, o perigo causado conforme, assim, assevera:

Entre os bens externos ao direito penal, cuja lesão é necessária, ainda que não suficiente, para a justificação das proibições penais, estão, por razões óbvias, todos os direitos fundamentais, quer dizer, não só os clássicos direitos individuais e liberais, senão também os coletivos e/ou sociais, como o do meio ambiente ou à saúde. Mas também hão de se incluir aqui bens que não são direitos, como o interesse coletivo, e certamente fundamental, a uma administração pública não corrupta. Em qualquer caso deve tratar-se de um dano ou de um perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada concreta conduta proibida, e não só considerando em abstrato o conteúdo da proibição (FERRAJOLI, 2014, p. 433).

Em resumo, o primeiro critério afirma que nenhum bem justifica uma proteção penal, no lugar de uma civil ou administrativa, se o seu valor não for maior do que os dos bens privados pela pena.

Logo, a relação que se busca entre lesividade do delito e afluência da pena, corresponde à esfera dos interesses tuteláveis ser tanto mais ampla, quanto menor for o custo da pena, “por outro lado, à medida que as penas consistam, antes de tudo, em longas

privações de liberdade, são poucos, apesar de sua anormal expansão nas legislações atuais, os bens cuja tutela penal seja justificável” (FERRAJOLI, 2014, p. 434).

O limite mínimo consiste no grau de que, a pena não se transforme, num tributo, perdendo sua eficácia dissuasória. A consideração da deserção como infração disciplinar, subordinará seu agente às penas infracionais, mais que isso, remodelará o contorno residual do delito, para apresentar novas fronteiras no âmbito da tutela coercitiva do Estado.

Assim, deixando de ser tratado como delito deverá ser apresentado os critérios fundantes que autorizariam sua desclassificação, sem perder com isso, o caráter suativo.

Uma das tarefas mais importantes que se impõe à atual reflexão filosófico-penal é sobre a base de um (re)pensamento radical da natureza da pena. De um sistema novo de penas, alternativas às vigentes, aptas a satisfazer, o duplo fim do Direito Penal dentro de uma perspectiva de racionalização e de minimização do sistema sancionador (FERRAJOLI, 2014, p. 378). Outro critério axiológico, apresentado por Luigi Ferrajoli (2014), corresponde a que as proibições não só devem estar dirigidas à tutela de bens jurídicos, como inclusive, devem se apresentar como idôneas.

O Princípio da Utilidade e o Princípio da Separação entre Direito e moral obrigam a considerar injustificada toda proibição da qual não derive a necessária eficácia intimidatória, em razão dos profundos motivos individuais, econômicos e sociais.

Considerando os dados apresentados pelo estudo estatístico elaborado pelo Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal Militar, que serão abordados no Capítulo 3 (três), no tocante ao fato de que o número de deserções, ser de longe, o delito de maior incidência no âmbito das Forças Armadas, suscitam-se reflexões sobre, se a pena proposta pela prática do delito de deserção tem realmente eficácia em afastar o ato delitivo.

O tempo entre a ação e a sentença condenatória, em média 10 (dez) meses, considerando apenas o tempo que se leva dentro das Auditorias Militares, representa um fator de pseudo-impunidade, onde o número considerável de prescrições da pretensão punitiva do Estado agregaria um fator absoluto a referida impunidade.

A aplicação em praticamente todos os processos de deserção da pena mínima de 6 (seis) meses de detenção, juntamente, com a detração dos 2 (dois) meses de prisão preventiva prevista no Código de Processo Penal Militar consiste em mais um fator para fortalecer o sentimento de impunidade, considerando um eventual benefício do indulto presidencial.

A quantidade de fatos não penalizados não supera, de forma relevante, a dos fatos penalizados. A introdução ou a conservação da sua proibição penal não responde a uma finalidade tutelar de bens que, aliás, resultam ulteriormente atacados pela clandestinidade de suas lesões, mas, tão somente, a uma mera afirmação simbólica de valores morais, oposta à função protetora do Direito Penal (FERRAJOLI, 2014, p. 434).

Essa ausência de efetividade do Direito Penal Militar, no caso da deserção, pode ser suprida pela aplicação de uma sanção administrativa, instituída por intermédio de um processo administrativo-disciplinar célere, todavia, sem se afastar das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da assistência jurídica em todos os atos realizados.

Uma política penal de tutela de bens, como último critério axiológico apresentado, tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos mesmos bens. Os resultados lesivos, prevenidos pelo Direito Penal podem ser evitados, por meio de medidas protetoras de natureza administrativa, segundo Luigi Ferrajoli:

O campo mais relevante de tais possibilidade é, sem dúvida, os dos delitos culposos. Os homicídios culposos causados cada ano por acidentes automobilísticos ou laborais poderiam ser reduzidos a partir da adoção de medidas preventivas mais eficazes e severas. Mas também no campo dos delitos dolosos abrem-se possibilidade relevantes de prevenção de caráter não penal: basta recordar a previsível redução do número de homicídios, especialmente, nos Estados Unidos onde não existe controle algum sobre as armas particulares, se fosse proibida não só a posse, senão também o comércio e a fabricação de todo tipo de arma. Não há dúvida de que uma política de bens penais que intervisse, de forma categórica, nestes casos não só poderia remover ou, quando menos, reduzir as situações que favorecerem o delito, como, também, teria o efeito posterior de revalorizar os bens penais e de reforçar a justificação de sua tutela por meio da pena. (FERRAJOLI, 2014, p. 434).

Em complemento à formação militar, como ideia percursora, poder-se-ia planejar e organizar, um apoio institucional efetivo e direcionado aos militares, especialmente, na faixa apontada como a de maior probabilidade de deserção. Tal como o acompanhamento por profissionais da gestão de pessoal, médicos, assistentes sociais, psicólogos e bacharéis em Direito que atendessem as carências apresentadas pelos militares.

Em especial, nas causas apontadas, pelos desertores, que os levaram a pratica do delito, tornando viável a abertura de um caminho, na busca da diminuição dos casos, sem que com isso, se deixe de considerar o fato como uma infração disciplinar. Nesse caso, para tomar

o Direito Penal Militar como meio subsidiário à solução de problemas, cuja sua aplicação seria inafastável.

A proposta acima descrita, autoriza a sedimentação da culpabilidade dos militares, ao passo que permitiria a abertura da compreensão quanto os atos praticados, as lesões produzidas, consequências supervenientes e solução viáveis e justas.

A culpabilidade como fator moderador, no caso da deserção, pode dar respostas às indagações doutrinárias, se é possível considerá-la como infração disciplinar, desse modo, o próximo item trará uma avaliação da culpabilidade do militar ante o ato consciente de desertar.

b. Do princípio da culpabilidade e a deserção

No Sistema Garantista, proposto por Luigi Ferrajoli (2014, p. 447), não é possível considerar uma ação como típica se não estiver calcada na culpa do agente desviante, pois a esse princípio segue 2 (dois) outros axiomas. O primeiro, de que nula será a pena se nulo for o crime e, o segundo, de que não há lei penal sem necessidade.

Corresponde ao chamado elemento subjetivo ou psicológico do delito, onde nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não for fruto de uma decisão consciente, dessa forma, “não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer” (FERRAJOLI, 2014, p. 447).

A maioria dos desertores é constituída de jovens, com baixa ou nenhuma instrução, nessa hipótese, considerando:

(i) que são inseridos num ambiente que possui como pilares mestres, a hierarquia e a disciplina, o primeiro, compreendendo o respeito e obediências aos superiores hierárquicos e, o segundo, pela observância e cumprimento irrestritos das ordens, regulamentos e leis militares; e

(ii) o parco tempo de instrução e de convívio com os demais membros da caserna não sejam suficientes para que incorporem e compreendam a extensão dos valores e das responsabilidades militares, indaga-se:

Ao jovem desertor é lícito imputar a culpabilidade em face de desejo consciente, preciso e compreendido em sua extensão para, efetivamente, provocar lesão ao dever e o

serviço militares? Ou seria um ato de rebeldia, calcado na imaturidade e (des)preparação para enfrentar os percalços da vida militar?

Não está se tratando aqui, do jovem que salta o muro de uma residência para de lá subtrair bens para si ou para outrem. Mas do jovem militar que abandona o Quartel porque está insatisfeito com o serviço, com o seu Encarregado, com os rigores da caserna ou porque não compreende a importância de sua participação no núcleo da sua Unidade Militar.

A punibilidade apenas dos atos intencionais é um irreparável elemento do sentimento comum de justiça, nesse possível consenso, é oportuno precisar o significado jurídico do conceito de culpabilidade, apresentando este 3 (três) elementos que constituem condições de responsabilidade no modelo penal garantista: (i) a personalidade; (ii) a imputabilidade; e (iii) a intencionalidade.

A intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito pressupõe os 2 (dois) primeiros elementos, de maneira que se pode falar de culpabilidade para referir-se não somente a intencionalidade do delito, ou a culpabilidade *stricto sensu*, mas também ao produto lógico dos 3 (três) elementos. De fato, não haverá culpabilidade sem imputabilidade, nem sem imputação penal subjetiva ou sem nexo causal entre a ação imputada e o resultado produzido (FERRAJOLI, 2014, p. 450).

Em sentido oposto da culpabilidade encontra-se a responsabilidade. Noutras palavras, pelo Sistema Garantista, a sujeição jurídica a sanção como consequência de um delito, qualquer que seja a relação normativa exigida, entre o agente e a infração penal pela qual responde, apresentará a garantia da responsabilidade pessoal, subjetiva ou culpável.

Veta os seus opostos, configurando o pressuposto de causas subjetivas de exclusão do delito: “(a) pelas causas de exclusão da personalidade da ação, como acontece nos fatos alheios ou no caso fortuito; (b) pelas causas de exclusão da imputabilidade do autor, como enfermidade mental ou a menoridade; (c) pelas causas de exclusão da culpabilidade em sentido estrito, como a inconsciência involuntária, a força maior, o constrangimento físico ou os diferentes tipos de erro” (FERRAJOLI, 2014, p. 450).

Para autorizar uma compreensão *lato sensu* do Princípio da Culpabilidade, afiançada pelo Sistema Garantista, não se deve limitar, a abertura do compasso, na exclusiva apreensão da lei, mas, lastrear-se em fundamentos políticos externos que permitam a percepção inequívoca da dicotomia presente na responsabilidade e na culpabilidade.

Em primeiro lugar, o primeiro dos fundamentos políticos externos consiste, na reprovação da ação, que é uma condição necessária para justificar sua proibição e, por consequência, sua punição. Ora, uma ação não culpável não pode ser punível, nem passível de proibição, pois não admite reprovação. Tal concepção não se refere ao fato objetivo, apenas ao agente, sendo assim, refere-se ao sentido subjetivo ou como Luigi Ferrajoli (2014) afirma “intencional” que ocorre na sua participação social.

Em segundo lugar, como fundamento externo, de natureza política deve-se considerar que apenas as condutas culpáveis podem ser objeto de prevenção, por meio da pena, em face de que só em relação a elas a cominação penal encontra-se coerente à desenvolver uma função intimidatória. Natural que “os fatos não culpáveis, por não imputáveis à consciência ou à vontade do agente ou, inclusive, à ação direta de quem é chamado a responder por eles, não podem ser prevenidos penalmente: são inexigíveis e, em relação a eles, a pena é supérflua” (FERRAJOLI, 2014, p. 451).

O Princípio da Culpabilidade, como terceiro fundamento, garante a possibilidade de planejar e prospectar o futuro, ainda que, os planos não corram como se desejasse, como acontece quando se cometem erros ou produzem acidentes, uma pessoa que tenha dado o melhor de si para respeitar o Direito não será punida.

Um sistema penal que inclua uma responsabilidade, em perspectiva com a subjetividade do ato praticado, assume o risco que não correm “os sistemas antiliberais, nos quais os delitos são descritos mediante o condicionamento psicológico à obediência”. Todavia, é um risco ou um passo que o Estado de Direito deve dar pelo reconhecimento geral de que, o destino do homem deve depender de suas decisões, favorecendo a virtude social do autocontrole (FERRAJOLI, 2014, p. 451).

Num sistema de natureza militar, tal modo de qualificar a responsabilidade sob a ótica subjetiva pode, no primeiro momento, causar estranheza ou repulsa, mas deve ficar claro que está se tratando de um caso em particular, a deserção. Portanto, a análise conceitual do presente trabalho fica circunscrita a um estudo de caso residual, podendo, no futuro, se estender até a outros delitos de natureza militar ou de natureza comum praticados no âmbito da jurisdição militar.

O que se pretende afirmar é que a responsabilidade e a culpabilidade são critérios de natureza jurídica ou interna e política e externa, que devem ser analisados conforme cada caso, para afastar a generalidade dos conceitos até então aqui apresentados. O que poderia até

levar a uma indesejada incompreensão, do objetivo, que se pretende alcançar com o presente estudo.

O quarto e último fundamento do Princípio da Culpabilidade relaciona-se com as ações culpáveis como as únicas passíveis de ser, não somente objeto de reprovação e de prevenção, como de fato serem, coerentemente, proibidas. Entendam-se como ações proibidas, as proibições penais como normas regulativas, no sentido de que, pressupõe a viabilidade de serem observadas, a cujo conhecimento e vontade se dirigem, “com a função pragmática de orientá-los e condicioná-los; e seriam insensatas, além de inúteis, se tal possibilidade não existisse” (FERRAJOLI, 2014, p. 451).

Esse quarto fundamento axiológico está diretamente relacionado à subsidiariedade do Direito Penal, quando ocorre verdadeira possibilidade de se implementar a aplicação de uma solução intermediária, sem a necessidade da imposição extremada sanção penal.

Em momento algum, esse trabalho apresentará argumentos para descriminalizar o delito de deserção, como atitude reformadora do contexto militar. Pelo contrário, pretende abrir oportunidade para que haja a reflexão sincera e utilitária, a fim de que, se apresente uma solução efetiva e justa aos casos de deserção, que tem se mostrado o carro chefe dos feitos sob a apreciação judicial da Justiça Militar da União.

Por um lado, o Código Penal Militar apresenta várias modalidades de deserção e até mesmo delitos relacionados a esta prática delitiva, algumas dessas hipóteses são passíveis de aplicação da lei substantiva castrense, seja pela culpabilidade do réu e pela lesão produzida em desfavor das Forças Armadas como, por exemplo, o delito de omissão de oficial que deixa de proceder contra o desertor, descrito no artigo 194 do *códex* militar.

Por outro, a deserção comum praticada em tempo de paz, que tem por sujeito ativo o jovem marinheiro ou soldado que não possui efetiva capacidade de compreender a extensão de seus atos considerando, a insignificante lesão produzida a Unidade Militar que serve, pode muito bem ser tratada como infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares -, não se afastando da legalidade como bem assevera Luigi Ferrajoli (2014), dando trato à questão de modo a resolver o problema sem ter que, necessariamente, aplicar uma sanção penal.

O jovem desertor compreenderá melhor a resposta do Estado dada por intermédio de uma apuração administrativa dinâmica, sem necessidade de afastá-lo dos seus compromissos

na rotina do Quartel, que permita uma conexão racional entre o desvio de conduta e a sanção aplicada pela autoridade militar competente.

Hodiernamente, isso não se apresenta viável tendo em vista o longo tempo entre a apuração da deserção e respectivo julgamento que se inicia pela Instrução Provisória de Deserção realizada pelo Quartel, passando pelo julgamento na respectiva Auditoria-Militar e terminando pela Apelação endereçada ao Superior Tribunal Militar. Devendo ser computado nesse trâmite os recursos que questionam decisões interlocutórias tais como o Recurso em Sentido Estrito ou o Agravo de Instrumento e até mesmo os processos penais que são encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, em razão da interposição de Recurso Extraordinário.

O item que se segue apresenta, portanto, uma ponderação quanto o lapso temporal, atualmente, existente entre a prática da deserção e o efetivo processamento do agente, sem se levar em conta, todavia, o tempo que o militar fica na condição de trânsito em julgado.

1.3 Do desvirtuamento da prisão processual

O que se pretende nesse item não compreende o delineamento dos meandros processuais penais militares, no que tange ao processamento da deserção, mas apontar a insustentabilidade temporal que permeia entre a prisão ou apresentação voluntária do desertor e a efetiva condenação ou absolvição pelo delito em epígrafe, como plataforma moderadora de resposta à conexão garantista do delito e da punição.

Na hipótese do processo de deserção não ser julgado no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar do dia da apresentação voluntária ou captura do desertor, nos termos do Código de Processo Penal Militar, o agente do delito deverá ser posto em liberdade, exceto se tiver dado causa ao retardamento do processo.⁹

Em contrapartida, o Código de Processo Penal brasileiro prevê que, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, dentro do curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

⁹ Nos termos do artigo 453, do Decreto-Lei 1.002/69, Código de Processo Penal Militar, o desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo.

No entanto, para a decretação de tal preventivo judicial, faz-se necessário que existam provas da existência do crime e de indícios suficientes de autoria. Aliado, também, à necessidade de se garantir a ordem pública, a ordem econômica, para assegurar a aplicação da lei penal, ou por conveniência da instrução criminal.¹⁰

Aparentemente, na questão afeta à prisão do desertor por 60 (sessenta) dias, após sua apresentação voluntária ou captura, estar-se-ia por ocorrer uma possível discrepância entre o Código de Processo Penal Militar e o Código de Processo Penal brasileiro. A não ser que a justificativa esteja fincada na possibilidade de que o desertor cometesse nova deserção, ou seja, para assegurar a aplicação da lei penal.

Ainda assim, subsistiriam algumas possíveis dissonâncias, pois se o objetivo da prisão preventiva do desertor é de que o mesmo não pratique outra deserção, como fica a situação do agente que se apresenta voluntariamente à sua Organização Militar, dando indícios de que está disposto a responder pelos seus erros? Seria esse capaz de um arrependimento da atitude tomada e desertaria novamente? Como a autoridade judicial poderia aferir essa circunstância de cunho subjetivo?

Considerando, ainda, que o processo de deserção se apresenta como um rito processual sumaríssimo, que deve se estender por no máximo 2 (dois) meses e considerando, do mesmo modo, que segundo a estatística apresentada pelo Centro de Estudos do Superior Tribunal Militar, como se verá em breve, os processos de deserção têm em média a duração de 10 (dez) meses, obrigando o Juiz-Auditor a relaxar a prisão após o aludido prazo, cai por terra à justificativa de se impedir uma nova deserção.

Naturalmente que, se o processo fosse encerrado dentro do prazo previsto, 2 (dois) meses, se julgado culpado, o desertor estando preso já estaria em condições para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Mas, no caso de uma absolvição, e não havendo indícios de que o desertor fosse praticar nova deserção, a prisão preventiva não se constituiria por um mal desnecessário?

¹⁰ O atual Código de Processo Penal brasileiro, Decreto 3.689/41, por intermédio do artigo 311 autoriza que, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Nesse sentido, o artigo 312, do mesmo *Códex*, completa que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 511) assenta que, mesmo ante a admissão da prisão antes do julgamento, qualquer que seja o fim que lhe queira atribuir, haverá uma contradição ao Princípio da Submissão à jurisdição que “não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento”.

Não havendo qualquer julgamento, segundo o autor, toda prisão ofende o sentimento comum de justiça, sendo compreendido como um ato de força e de arbítrio. Desperta tanto o medo e insegurança e aniquila a confiança no Direito, quanto no encarceramento de um cidadão, as vezes por anos, sem o devido processo.

Luigi Ferrajoli (2014) levanta a questão acerca se deveria se tomar a custódia preventiva como uma injustiça necessária. Pelo contrário, se seria apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo, que se pretende ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, presumido por antecipação como culpado.

Responde que essa questão deve, antes de tudo, ser analisada do ponto de vista externo. Abstraindo o que diz a Constituição, portanto, sem submeter-se à falácia, segundo a qual, aquilo que por hipótese a Carta Política permite é sempre justo e incontestável.

Haveria, pois, uma incompatibilidade entre o Princípio da Presunção da Inocência e a finalidade de prevenção e de defesa social, quando se associa à custódia do acusado enquanto presumido perigoso.

Restariam 2 (duas) outras finalidades para se apoiar a prisão preventiva, o perigo de deterioração das provas e o perigo de fuga do acusado. Ambos os argumentos se atribuem finalidades, estritamente, cautelares e processuais, conquanto Luigi Ferrajoli levanta os seguintes questionamentos:

Mas é isso bastante para considerá-los justificados? São as duas finalidades processuais, em outras palavras realmente legítimas e, ainda, não desproporcionais ao sacrifício imposto pelo meio de as atingir? Ou, ao contrário, não existem meios do mesmo modo pertinentes, mas menos gravosos tornando desnecessário o recurso à prisão sem processo? (FERRAJOLI, 2014, p. 512).

Se houver fundada certeza, da nova fuga do desertor, para se evadir ao cumprimento da pena, um modo mais pertinente e menos gravoso, conforme reputado pelo autor, não poderia ser, por exemplo, a utilização da tornozeleira eletrônica?

Luigi Ferrajoli entende que, há uma circularidade de raciocínio, quando postulado que a temida fuga pudesse acontecer. Uma vez que, admitida a condução coercitiva ao juízo só

depois do interrogatório, o perigo de fuga seria provocado, mais do que pelo medo da pena, mas pelo medo da prisão preventiva:

Se não houvesse essa perspectiva, o imputado, ao menos até a véspera da condenação, teria ao contrário todo interesse de não se refugiar e de se defender. É portanto, “o rigor extremo de vossa prática criminal”, exclamava Voltaire há dois séculos, “que força a tal desobediência. Um homem acusado de um delito, antes de tudo vós os encerrais em uma cela horrível; não lhe permite comunicar-se com ninguém e o carregais de grilhões como se já o tivésseis julgado culpado. Os testemunhos que depõem contra ele são escutados secretamente. Só por um momento o veem para a confrontação.... Quem nunca se assustou com esse procedimento? Qual homem justo pode estar seguro de não sucumbir?” Esse medo que o impele à fuga, acrescentamos, não é o sinal da sua bem fundada desconfiança nos seus juízes e, portanto, da ilegitimidade do procedimento? “Oh, juízes”, concluía Voltaire, “quereis que o inocente acusado não fuja? Então facilitem-lhe os meios para se defender” (FERRAJOLI, 2014, p. 514).

Acrescenta-se, inclusive, a seguinte indagação: considerando a juventude prevalente e a imaturidade natural dos desertores, esses temores não estariam em maior latência, impedindo que muitos agentes se apresentem voluntariamente, uma vez que, sabendo ou sendo informados por seus colegas militares que após a sua apresentação serão postos, preventivamente, presos?

Luigi Ferrajoli (2014) apresenta 3 (três) considerações quanto o perigo de fuga do acusado. A primeira está relacionada ao uso de dispositivos eletrônicos de monitoramento, como acima referendado, onde em uma sociedade informatizada e integrada, até em nível internacional, a existência de uma fuga definitiva seria muito remota, dando ênfase às tecnologias de informação e comunicação hoje existentes.

Segundo, a opção de fuga do imputado, lhe forçaria a viver na clandestinidade e num estado de permanente insegurança, o que por si só já seria uma pena gravíssima.

Principalmente, para o desertor que presta o serviço militar inicial que, estando em situação irregular com o serviço militar obrigatório, ficaria privado de alguns benefícios sociais, como candidatar-se a uma vaga de emprego ou prestar vestibular para uma faculdade pública ou privada.

Em terceiro lugar, supondo que da fuga não restassem rastros do imputado, ela teria alcançado o efeito de neutralizar para os fins da prevenção do Direito Penal (FERRAJOLI, 2014, p. 514). Ainda, considerando o lapso temporal, entre a deserção e a pena, segue o próximo item, que discorrerá sobre questões complementares, afetas a prisão preventiva do desertor.

a. Do processo sem prisão preventiva

A priori, o acusado deve comparecer, em estado de liberdade, perante o juiz que irá apreciar o processo, não só porque lhe seja assegurada a presunção de inocente, mas principalmente por necessidade processual. De modo que este esteja em pé de igualdade com a acusação, assim, depois do interrogatório e antes da audiência de julgamento, possa organizar sua defesa.

Entende Luigi Ferrajoli (2014, p. 515) que a única necessidade processual que poderia justificar uma coação momentânea, seria satisfeita pela condução coercitiva do acusado à frente do magistrado, de modo a permitir a contestação do fato e a realização das primeiras defesas sem adulterações anteriores.

Entende-se também, que só se justificaria a prisão preventiva nos processos de crimes mais graves e com fundamento em exigências instrutórias motivadas, mesmo assim, após o interrogatório prevaleceriam 2 (duas) alternativas:

(i) ou se conclui que existem provas adequadas de culpabilidade e, nesse caso, não haveria razão para procrastinar o julgamento, conduzindo o acusado para proceder o julgamento pelo rito sumaríssimo; e

(ii) ou não havendo provas o acusado teria o direito de não ser privado de sua liberdade, no decorrer do processo e, assim, se defender de modo mais livre.

No entanto, a abolição da prisão preventiva proposta, por Luigi Ferrajoli, seria favorecida e tanto mais fácil de ser eliminada, quanto mais aceleradas fossem as fases do processo:

[...] precisamente quanto mais satisfeita fosse a regra segundo a qual uma pena pode ser tanto menos severa quanto mais rápida e infalível for sua aplicação...hoje a infalibilidade e a presteza da pena...foram substituídas pela imediação e pela infalibilidade da prisão preventiva. E esta, por sua vez, provocou o prolongamento do processo exatamente na mesma medida em que foi prolongada a sua duração máxima. o ideal seria, ao invés, que o interrogatório do imputado e sua eventual condução ao júízo coincidissem com o primeiro julgamento; e que em todo caso fosse reduzido ao mínimo - apenas aos dias necessários para as notificações - o intervalo entre o seu comparecimento ao júízo e o julgamento mesmo (FERRAJOLI, 2014, p. 516).

A redução dos prazos do processo, proporcionaria um aumento da segurança e da eficiência judicial, eliminando o medo e autorizando a supressão do cárcere sem processo.

Mas isso dependerá não tanto de razões lógicas, mas, sobretudo, da inatividade dos aparatos e da força de resistência que sempre é oposta pelas culturas conservadoras.

E isso é um ponto constitui, de capital importância, para os casos de deserção, em face da rotatividade dos militares dentro de um Quartel ser muito grande. Maior, ainda, é a referente aos militares temporários, qual sejam, aqueles que prestam o serviço militar inicial, pelo período de 12 (doze) meses.

Conectar punição e conduta desviante constitui, uma necessidade premente no âmbito do Direito Penal, ambas as partes, desviante e não desviantes, devem compreender o porquê da sanção penal.

Impor uma sanção ao desertor, logo após a prática delitiva, ou próxima da mesma, autoriza a conexão entre lesão e retribuição. Trazendo a máxima certeza de que, o mal aplicado, relaciona-se ao ato praticado trazendo, por consequência, segurança jurídica ao âmbito militar. Atualmente, segundo a pesquisa estatística, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários, do Superior Tribunal Militar, os processos de deserção não têm permitido apresentar a aludida segurança.

Em média, como se verá a seguir, um processo tem levado cerca de 10 (dez) meses para ser julgado, em Primeira Instância – Auditorias Militares. Não se computou, na soma, o tempo que o julgamento leva em Segunda Instância – Superior Tribunal Militar, na hipótese de ocorrer uma Apelação.

O procedimento administrativo disciplinar militar, sem se afastar dos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sem ferir as garantias individuais do agente, todavia, por constituir-se por um rito sumaríssimo, poderá dar uma resposta favorável, precisa e justa.

De um lado, poderá demonstrar ao desviante, o motivo pelo qual está sofrendo a reprimenda disciplinar, por outro, de que o ato não ficará impune. Sendo assim, autorizará a comunidade militar encontrar o senso comum de justiça à questão.

O próximo capítulo abordará as questões afetas à deserção, propriamente dito, tanto em relação às suas modalidades explicitadas pelo Código Penal Militar, como em face dos possíveis agentes do delito. Tal abordagem se faz necessária, tendo em vista a diversidade tipológica do delito e, especialmente, para permitir a delimitação do campo de reflexão jurídico-filosófico sobre a descriminalização do delito, sob a ênfase minimalista do Direito Penal proposta por Luigi Ferrajoli (2014), por meio de seu Sistema Garantista.

2. DA DESERÇÃO EM TEMPO DE PAZ

Nesse capítulo, serão abordados os contornos legais da deserção e dos delitos relacionados, em tempo de paz, previstos no Código Penal Militar, tendo em vista que, primeiramente, a lei substantiva apresenta como delito base o fato típico descrito no artigo 187¹¹ do *Códex* castrense e, num segundo momento, acresce à modalidade base de 4 (quatro) espécies assemelhadas à deserção, de 2 (duas) tipos de deserção especial e de 3 (três) delitos relacionados à infração penal em epígrafe.

Considerando, pois, a diversidade na configuração delitiva da deserção e dos respectivos delitos relacionados se faz necessário delinear suas particularidades, de modo que seja possível afirmar, com segurança, a (in)viabilidade de aplicação do minimalismo penal propugnado por Luigi Ferrajoli (2014), em seu Sistema Garantista, a todas as espécies de deserção e delitos afins, ou se os preceitos Garantistas tem aplicação apenas a algumas de suas modalidades.

A deserção é um crime de natureza militar, em razão da matéria, nesse caso exige-se a condição de militar, tanto do fato como do agente propriamente dito. Consiste no ato de romper, por vontade própria, a ligação com a Força Militar, afastando-se dentro de certas circunstâncias de tempo. Em linhas gerais, pode-se dizer que o título do crime é mais significativo do que o verbo principal, pois desertar significa abandonar determinado cargo, função ou posto.

Segundo Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas (2015, p. 1084) o delito de deserção é o mais militar dos crimes. Segundo quaisquer das correntes doutrinárias existentes, sejam essas defendidas por Célio Lobão, por Jorge César de Assis ou por Guilherme Nucci, sobre os crimes propriamente militares, ela se enquadra como um deles. Indo além, para definir o delito em epígrafe como uma infração penal de natureza híbrida que mistura matérias de Direito Penal, de Direito Processual e de Direito Administrativo.

Quando um militar pratica o delito de deserção, vários aspectos jurídicos estão interligados, não é um fato típico isolado, não se perfaz em si mesmo, pelo contrário traz em seu bojo complementos de natureza, principalmente, administrativa. A infração penal em

¹¹ Segundo o artigo 187, do Decreto-Lei nº 1.001/69, Código Penal Militar, comete deserção o militar que ausenta-se, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de 8 (oito) dias.

questão envolve critérios a serem examinados, realizados e apresentados pela administração militar.

Depois de declarado desertor, o militar será agregado¹² se possuir estabilidade funcional ou, se temporário, será excluído do serviço ativo até o momento em que se apresente, voluntariamente, à Organização Militar que estava lotado ou quando capturado pela equipe de segurança. Em seguida, será submetido à inspeção de saúde e se for considerado apto para o serviço ativo, será reintegrado à respectiva Força Militar.¹³

Qual seria, então, a necessidade do desertor ser reintegrado ao serviço militar? Trata de uma questão de procedibilidade processual, ou seja, o militar para ser submetido a um processo judicial, pela prática do delito de deserção, deve ostentar a condição de atividade ou na ativa. Para tanto, será necessário que seja reincluído ao serviço ativo, ocorrendo apenas, após ser submetido à inspeção de saúde e ser julgado apto para o serviço militar.¹⁴

Nesse sentido, o Superior Tribunal Militar, por intermédio do Enunciado nº 12 (2015, p. 261), disciplinou a questão da seguinte maneira: “A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade

¹² Segundo o artigo 80, da Lei nº 6.880/80, Estatuto dos militares, a agregação constitui a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número.

¹³ Nos termos do artigo 128, da Lei nº 6.880/80, Estatuto dos Militares, a deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar, com a consequente demissão *ex officio* para o oficial, ou a exclusão do serviço ativo, para a praça. Por um lado, o § 1º prescreve que a demissão do oficial ou a exclusão da praça com estabilidade assegurada processar-se-á após 1 (um) ano de agregação, se não houver captura ou apresentação voluntária antes desse prazo. Por outro, o § 2º assevera que a praça sem estabilidade assegurada será automaticamente excluída após oficialmente declarada desertora. Por fim, o § 3º aponta que o militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido demitido ou excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, agregado para se ver processar.

¹⁴ Conforme prescreve o §1º, do artigo 457, do Decreto-Lei nº 1002/69, Código de Processo Penal Militar, o desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído. Segundo o § 2º, do mesmo artigo, a ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar. Reincluída que a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, nos termos do § 3º, do artigo em comento, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.

para a *persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo”.

Resumindo, trata-se de condição de procedibilidade, sumulado pelo Tribunal Castrense, para registrar interpretação majoritária a respeito do tema, com o intuito de afastar, qualquer interpretação contrária que pudesse dar azo à nulidade processual.¹⁵

Célio Lobão (2006, p. 298) ensina que, a deserção consiste no fato do militar se ausentar, sem autorização do Comando da Unidade Militar em que serve, ou do local onde deveria permanecer, por tempo superior a 8 (oito) dias, ou, estando legalmente ausente, deixa de apresentar-se, nesse mesmo prazo, depois de cessado o motivo do afastamento e, ainda, não se faz presente no momento da partida ou do deslocamento da unidade em que serve.

Para ilustrar a figura típica da deserção, cita-se o exemplo, em hipótese, de um militar que estaria lotado no efetivo do Batalhão da Guarda Presidencial, Organização Militar do Exército Brasileiro sediada em Brasília, Distrito Federal.

Nesse arquétipo fictício, o referido militar, após o fim de expediente de uma sexta-feira, dia 12 (doze) fevereiro, deixa o Quartel para poder usufruir de seu final de semana devendo, pois retornar à sua Unidade Militar na segunda-feira, dia 15 (quinze), para cumprir sua rotina normal de trabalho.

Todavia, se esse militar, por alguma razão de natureza pessoal, ou seja, sem estar amparado por justificado motivo, como por exemplo, insatisfeito com a chefia ou com a função que exerce, deixa de se apresentar ao Batalhão da Guarda Presencial na segunda-feira, dia 15 (quinze), e assim continua ausente por mais 8 (oito) dias, comete o delito de Deserção.

Essa contagem de tempo é importante, uma vez que, existe um interregno temporal para consecução do delito. No exemplo em epígrafe, se o militar tivesse que se apresentar no dia 15 (quinze) de fevereiro, a deserção só estaria consumada à zero hora do dia 22 (vinte e dois) subsequente.

Para facilitar o controle, os operadores do direito têm adotado a fórmula $D + 8$ (oito), onde D corresponde o dia em que o militar deveria se apresentar, e 8 (oito) seria os dias necessários para configurar o delito em epígrafe.

¹⁵ Nos termos do artigo 500, do Decreto-Lei nº 1002/69, Código de Processo Penal Militar, a nulidade ocorrerá, entre outros, no seguinte caso: (...) IV — por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do processo.

Portanto, no caso da hipótese avançada, se o militar tivesse se apresentado antes da zero hora do dia 22 (vinte e dois) o crime não estaria consumado. Ao contrário de que muitos possam pensar, a deserção não está relacionada tão somente às atividades de cunho operativo, de modo que o militar, como no caso acima, que falta a seu expediente administrativo também pratica a deserção. Segundo o artigo 3º, da Lei nº 6.880/80, Estatuto dos Militares, os membros das Forças Armadas, encontram-se em duas situações distintas, a saber: a primeira na atividade e a segunda na inatividade.

Compõe a primeira situação: (i) os militares de carreira¹⁶, (ii) os incorporados às Forças Armadas para prestação de Serviço Militar Inicial, (iii) os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, (iv) os alunos de órgão de formação de militar e em tempo de guerra, (v) todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço nas Forças Armadas.

Verifica-se, portanto, que o militar em situação de atividade compreende o cidadão, homem ou a mulher, que desempenha sua atividade profissional militar dentro das Forças Armadas, incluindo nessa situação os alunos das escolas de formação militar, bem como os civis mobilizados para atividades de defesa, nos casos previstos em lei.

Assevera-se que, os servidores civis federais lotados nos Comandos Militares, sejam esses da Marinha do Brasil, do Exército Brasileiro ou da Força Aérea Brasileira que, exercem suas atividades laborais, não são considerados militares na ativa, estando sujeitos aos ditames do regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais.¹⁷

Na segunda situação, ou seja, na inatividade encontram-se: (i) os militares da reserva remunerada, quando pertencentes à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; (ii) os reformados quando estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União; (iii) os da reserva remunerada, e, excepcionalmente; e (iv) os reformados, executado tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada.

A deserção, como crime propriamente militar, só pode ser praticada por militar em situação de atividade. Nesse passo, não cometem o aludido delito todos os militares, ou seja,

¹⁶ Os militares de carreira são os que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade assegurada ou presumida.

¹⁷ O regime jurídico dos servidores públicos civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais está regulamentado pela Lei nº 8.112/90.

excluem-se os que se encontram na situação de inatividade, ainda que estiverem executando a referida tarefa por tempo certo.

No tocante a diferença entre militar em situação de atividade, ou comumente classificado como “da ativa”, e o militar em situação de inatividade que realiza tarefa por tempo certo, faz-se necessário um melhor esclarecimento da situação, de modo que seja possível identificar, de modo seguro, o agente do delito em comento.

Alguns militares, quando são transferidos para a reserva remunerada, o que equivaleria dizer em termo civil “aposentado”, em face de sua singular experiência profissional, aliado a escassez de pessoal em determinada localidade ou Organização Militar, podem ser convidados pelo Comando a exercer, por determinado período, uma função pública que esteja relacionada à sua respectiva capacitação técnica.

Em outras palavras, constitui uma oportunidade biunívoca para ambas as partes, Administração e militar. Primeiro, para o militar que mesmo após trinta ou mais anos de efetivo serviço, à disposição da Força militar, já em situação de inatividade, tem a oportunidade de se livrar da ociosidade, caso não tenha encontrado alguma ocupação na iniciativa privada, tendo ainda a agregar a percepção de um salário extra. Segundo, para a administração militar que recebe em seu efetivo um militar com vasta experiência profissional, adaptado às peculiaridades da caserna, constituindo uma grande mão de obra, que irá contribuir ao bom andamento das atividades do Quartel.

Importante ressaltar que o militar da reserva remunerada ou reformado, contratado para prestação de serviço por tempo certo, não mais utiliza farda, ou mesmo, participa das atividades operacionais, limitando-se a executar trabalhos de cunho administrativo ou de instrução, pois alguns inativos são contratados para atuarem como professores ou instrutores nas escolas de formação militar.

Segundo a legislação em vigor, o militar contratado para prestação de serviço por tempo certo perceberá uma remuneração de trinta por cento sobre o total de seus vencimentos atinentes ao seu posto ou graduação.¹⁸

Figura, assim, como sujeito ativo da deserção, o militar que, nos termos do artigo 22, do Código Penal Militar, consiste em qualquer pessoa que em tempo de paz ou de guerra seja

¹⁸ O artigo 23, da Medida Provisória nº 2.215-10/01, estabelece que o militar da reserva remunerada, e excepcionalmente o reformado, que tenha modificada sua situação na inatividade para aquela prevista para a prestação de tarefa por tempo certo, faz jus a um adicional igual a três décimos dos proventos que estiver percebendo.

incorporada às Forças Armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.

Cícero Neves e Marcello Streifinger (2014, p. 930) asseveram que, o marco que habilita a pessoa a cometer a deserção, constitui o ato de incorporação à Força Armada, ou ato equiparado, que inicie o vínculo de ligação com a Instituição Militar, ainda que de formação de militares da reserva.

Configura-se, pois, por um delito de mão própria, não sendo possível a coautoria, tendo em vista que, se realiza pessoalmente a conduta típica. Apresenta-se claramente, a hipótese legal de que, somente pode ser autor aquele que realiza a conduta típica, sendo inadmissível a autoria mediata ou valer-se de outro que não realiza a conduta. Por sua vez, a participação pode até ocorrer pela instigação, no caso, pela geração da ideia de desertar ou mesmo pelo incentivo direto a ação arquitetada pelo militar, futuro autor do delito de deserção.

Guilherme Nucci (2014, p. 283) assevera, ainda, que a deserção deixa de ser apenas um crime próprio, típico do militar, mas também de mão própria que deve ser cometido pessoalmente pelo agente, inexistindo a possibilidade de se valer de terceiro, podendo no máximo ocorrer à participação, mas nunca a coautoria. A deserção não admite tentativa, uma vez que, está condicionada ao advento do prazo de oito dias para se configurar, assim, consumir-se-á apenas quando decorridos oitos dias de afastamento da Unidade Militar que se está vinculado.

Célio Lobão (2006, p. 298) aponta que o objeto da tutela penal é o serviço militar diante da conduta do militar que o abandona, apesar do dever legal de cumpri-lo até sua desvinculação na forma estabelecida por lei. Nesse caso, o legislador penal militar fez ressaltar a importância e o interesse do Comando da Organização Militar de contar com o efetivo militar estabelecido em lei, o que não aconteceria se ficasse a critério do militar, quando se ausenta da corporação, sem estar amparado por qualquer justificativa legal.

O Comandante da Unidade Militar, tendo como responsabilidade, a condução da tropa para o desempenho da sua missão constitucional, qual seja, a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, bem como a garantia da lei e da ordem, espera contar com todo o efetivo militar que dispõe para, se convocado for cumprir seu mister com o máximo de efetividade possível.

Alguns militares podem estar ausentes, para tratar de assuntos particulares, quando a lei assim o permitir, ou mesmo para o gozo regular de férias, mas nesses casos é plausível sua ausência. Contando com um efetivo serviço de controle de pessoal, a ausência programada do militar pode ser sanada pela realocação do efetivo de forma que, a atividade e o fim da Organização Militar não sejam prejudicados.

Quando o militar, por conta própria, decide abandonar sua Unidade Militar, sem aviso ou motivo justificável, provoca uma ruptura com o dever militar, trazendo prejuízo ao regular andamento das atividades militares, afetando o moral da tropa e as tarefas inerentes a função que desempenhava. Jorge Cesar de Assis (2014, p. 558) ensina que a deserção é um delito permanente, uma vez que, a consumação que se deu após o oitavo dia de ausência injustificada, se prolonga no tempo por sua natureza.

Não pode figurar como crime instantâneo porque a consumação se dá em certo momento, não havendo como ser cessada pelo agente. Muito menos, constitui delito instantâneo de efeitos permanentes porque, consumada a infração os efeitos permanecem para sempre, não podendo ser desfeitos.

Por um lado, percebe-se que a infração penal em comento é um delito permanente, em razão de que, uma vez consumado, se prolonga no tempo. Por outro, a principal característica do crime permanente constitui na possibilidade, do desertor, fazer cessar sua atividade delituosa, no caso, apresentando-se voluntariamente à Organização Militar a qual pertence, ou até mesmo por conta de sua captura.

A deserção se configura, ainda, por um delito formal ou de perigo abstrato, se perfaz, simplesmente, com a ausência do militar sem a devida autorização legal, além do prazo de oito dias. Apresenta-se, também, como delito comissivo tendo em vista que exige uma atividade positiva do agente, mesmo que no período de ausência nada realize para agravar ou atenuar o ato praticado.

Enio Luiz Rossetto (2012, p. 587) ensina que a deserção tutela dois bens jurídicos, o dever e o serviço militares. Não se confunde com o abandono de emprego, pois na deserção a ausência é mais grave, podendo tomar a proporção de uma deslealdade para com a Pátria.

O Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880/80, prescreve por meio de seu artigo 27 que correspondem à manifestação essencial do valor militar, pelo qual se diferencia sua natureza e sua razão da função que desempenha: (i) o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da

própria vida; (ii) o civismo e o culto das tradições históricas; (iii) a fé na missão elevada das Forças Armadas; (iv) o espírito de corpo, orgulho do militar pela organização onde serve; e (v) o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida e (vi) o aprimoramento técnico-profissional.

O dever militar é composto por valores que se sobressaem aos valores do mundo civil, mas que, indubitavelmente, lhe são inerentes. Correspondem ao modo de ver, sentir e compreender a relação pessoal e profissional do militar para com seu Comandante, seus pares e subordinados, sua Organização Militar e, por conseguinte, para com sua Pátria.

Quando o militar deserta não deixa apenas de comparecer à Unidade Militar que está lotado, se desfazendo do compromisso com suas tarefas, sejam internas ou administrativas, de defesa ou operativas. Despreza, antes de tudo seus valores, seu modo de vida e sua importância como membro ativo de determinado Quartel.

O legislador penal militar aponta que, o desertor não abandona apenas sua Unidade Militar fere, principalmente, o compromisso e responsabilidades assumidos. Acima de tudo, despreza a promessa de preservar a segurança do pessoal militar e civil do Quartel que serve, bem como dos meios administrativos e operativos colocados sob sua tutela. Há uma real descrença nos valores militares, pois o desertor ignora o compromisso legal, despreza o juramento de fidelidade à Pátria, desfaz-se da confiança e da lealdade para com os demais militares.

Sendo assim, a deserção não representa apenas e tão somente um prejuízo ao serviço militar em si, seja esse compreendido nas atividades propriamente militares, primárias ou subsidiárias, tais como as missões de adestramento, de vigilância de fronteiras e da garantia da lei e da ordem.

Afeta, também, as atividades de natureza administrativa, mas além de tudo isso, lança uma descrença à tropa, exatamente, no trato da confiança, do caráter e do comprometimento que cada elemento deve apresentar à soma do conjunto.

Quanto à prescrição, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal Militar preceitua 2 (duas) hipóteses relativas ao delito em epígrafe. A primeira, quando o delito encontra-se em curso, ou seja, enquanto o militar estiver ausente e, a segunda, quando ocorre a apresentação voluntária ou a captura do trânsfuga.

Nelson Jobim (2011, p. 573) assevera que se o desertor permanece na situação de trânsfuga, a extinção de punibilidade relaciona-se com a idade, pois o prazo prescricional só

se consubstancia com o advento da idade de 45 (quarenta e cinco) anos para as praças e de 60 (sessenta) anos para os oficiais, aplicando-se o disposto no artigo 132¹⁹, do Código Penal Militar.

Permanecendo, nessa situação, só usufruirá da extinção da punibilidade ao alcançar a idade prevista na norma, todavia, deve-se ressaltar que, cessando esse estado, mesmo que a poucos dias de completar a idade limítrofe começara a vigorar a segunda hipótese prescricional. Nessa segunda hipótese, uma vez capturado ou mesmo se entregando voluntariamente, será submetido à inspeção de saúde para constatar se está apto ao serviço militar, estando apto será reintegrado à Organização Militar que estava lotado, para se ver processado.

Considerando que o delito de deserção, possui a pena máxima em abstrato estabelecida, em 2 (dois) anos de detenção, a prescrição ocorrerá em 4 (quatro) anos, tendo em vista a previsão legal contida no inciso VI, do artigo 125, do Código Penal Militar²⁰. Em linhas gerais, o delito de deserção, inserido entre os crimes contra o serviço e o dever militares, pode representar a fronteira entre a ilicitude e a traição aos valores militares.

Como infração penal de natureza própria, se restringe a pessoa do militar, emprega um (des)valor acentuado, não tanto pela ausência em si, mas pelo desprezo ao valor e ao dever militares que poderão corromper o moral da tropa. Coloca em xeque a autoridade legal à que todos os militares se subordinam, conseqüentemente, prejudicando o regular andamento das atividades do Quartel.

No próximo subitem, serão abordadas as espécies ou as modalidades do delito de deserção, sendo possível constatar suas nuances e suas vertentes, tanto dos agentes como das situações em que se desenvolvem no âmbito militar, bem como a extensão de seu prejuízo em razão dos bens juridicamente tutelados, o serviço e o dever militares.

¹⁹ Nos termos do artigo 132, do Decreto-Lei nº 1001/69, Código Penal Militar, no crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta.

²⁰ Conforme prescreve o artigo 125, do Decreto-Lei nº 1001/69, Código Penal Militar, a prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (...) VI - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

2.1 Da deserção quanto à hierarquia

Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas (2015, p. 1107) apresentam duas classificações essenciais, delineadas no Código Penal Militar, quanto ao cometimento do delito de deserção, sendo a primeira, quanto à hierarquia ou a estabilidade e, a segunda, quanto ao tipo penal.

Por um lado, portanto, encontra-se a deserção de oficial, a deserção de praça sem estabilidade ou praça especial e a deserção de praça com estabilidade, por outro, verifica-se a deserção comum, a deserção especial e a deserção por evasão, ver-se-á então, quais as peculiaridades de cada modalidade.

Sendo assim, a primeira distinção que o Código Penal e de Processo Penal Militar apresentam quanto ao agente da deserção diz respeito à condição funcional que ostenta. Seja em relação a seu posto ou graduação, seja em relação a sua condição profissional, que corresponde à situação de estabilidade funcional²¹, alcançada pelo preenchimento de determinados requisitos legais.

a. Da deserção de oficial

A primeira distinção, no que diz respeito à deserção de oficial, se apresenta, à primeira vista, como estritamente processual. Segundo o delineado pelo artigo 454²², do Código de Processo Penal Militar, transcorrido os oitos dias de ausência do militar - oficial ou praça - o

²¹ O §3º, do artigo 142, da Constituição Federal de 1988, prescreve que os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (...) X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Estabelece, assim, o artigo 50, da Lei nº 6.880/80, Estatuto dos Militares, que são direitos dos militares: (...) IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas: a) a estabilidade, quando praça com 10 (dez) ou mais anos de tempo de efetivo serviço;

²² Assevera o artigo 454, do Decreto-Lei nº 1002/69, Código de Processo Penal Militar, que transcorrido o prazo para consumir-se o crime de deserção, o comandante da unidade, ou autoridade correspondente ou ainda a autoridade superior, fará lavrar o termo de deserção circunstanciadamente, inclusive com a qualificação do desertor, assinando-o com duas testemunhas idôneas, publicando-se em boletim ou documento equivalente, o termo de deserção, acompanhado da parte de ausência.

oficial responsável, seja esse o Comandante da Unidade Militar, seu representante ou mesmo qualquer autoridade superior da cadeia de comando, lavrará o competente termo de deserção.

Contando esse com a qualificação do desertor, assinado por duas testemunhas e pelo presidente responsável pelo procedimento. Para dar-se publicidade ao ato, publica-se em boletim administrativo interno, tanto o termo de deserção, como a parte de ausência²³.

Até aqui em nada difere, dos demais procedimentos de deserção, todavia, o parágrafo primeiro²⁴, do artigo retro citado, prescreve que o oficial que praticar o delito de deserção deverá ser agregado, permanecendo nessa situação funcional, não alterando o *status* mesmo que se apresentar ou for capturado, até decisão transitada em julgado.

Eis a primeira diferença com as demais espécies do delito, o oficial desertor não será excluído da sua Força Militar, ele permanecerá agregado até o julgamento final. A reversão²⁵ à situação de sua condição funcional não é *conditio sine qua non* para a realização do processo penal militar, não constituindo, pois em condição de procedibilidade ou mesmo de prosseguibilidade, o regresso à condição de oficial da ativa não agregado.

Recebido o respectivo termo de deserção e as demais peças instrutórias, o Juiz-Auditor determina a autuação dando vista do processo ao Ministério Público Militar, cabendo ao Promotor ou ao Procurador, se for o caso, requerer o arquivamento ou oferecer denúncia.

Como bem salientam Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas (2015, p. 1108), no processo de oficial, tanto a apresentação voluntária como a captura pela equipe de segurança da Unidade Militar não é condição essencial para a feitura da ação penal militar, nesse caso, não se apresenta como condição de procedibilidade.

²³ A parte de ausência constitui o documento legal que tem por finalidade formalizar a ausência do militar, quando esta completa vinte quatro horas, assim a fórmula utilizada para a constatação da ausência é a D + 1, onde D representa o dia em que o militar deveria se apresentar ou comparecer à unidade militar e 1 as vinte e quatro horas de ausência, destarte, só será permitido lavrar a parte de ausência a partir da zero hora do dia seguinte ao da apresentação, tal documento é publicado em boletim interno administrativo, a fim de se dar publicidade ao ato.

²⁴ O § 1º, do artigo 454, do Decreto-Lei nº 1002/69, Código de Processo Penal Militar, estabelece que o oficial desertor será agregado, permanecendo nessa situação ao apresentar-se ou ser capturado, até decisão transitada em julgado.

²⁵ A reversão, segundo o artigo 86, da Lei 6.880/80, Estatuto dos Militares, constitui o ato pelo qual o militar agregado retorna ao respectivo Corpo, Quadro, Arma ou Serviço tão logo cesse o motivo que determinou sua agregação, voltando a ocupar o lugar que lhe competir na respectiva escala numérica, na primeira vaga que ocorrer, observado o disposto no § 3º do artigo 100. O retro mencionado parágrafo estabelece que, as vagas decorrentes da aplicação direta da quota compulsória e as resultantes das promoções efetivadas nos diversos postos, em face daquela aplicação inicial, não serão preenchidas por oficiais excedentes ou agregados que reverterem em virtude de haverem cessado as causas da agregação.

Também, não é necessária a reversão de agregado para não agregado, nem mesmo a verificação de aptidão por inspeção de saúde, ou seja, não existe qualquer condição de procedibilidade, desse modo, a denúncia de plano é oferecida.

Uma vez recebida a exordial acusatória, o Juiz-Auditor determina que se aguarde a captura ou apresentação voluntária do oficial desertor. Tão logo se apresente ou seja capturado, o Comandante da Unidade Militar ou o oficial que lhe represente efetuará a comunicação ao Juiz-Auditor, com a informação sobre a data, o lugar onde o mesmo se apresentou ou foi capturado, bem como de qualquer outra circunstância relevante ao caso. Somente após a apresentação voluntária ou captura do oficial desertor, o Juiz-Auditor procederá com o sorteio e à convocação do Conselho Especial de Justiça²⁶, expedindo o mandado de citação do acusado, para ser processado e julgado.

Guilherme Nucci (2014, p. 284) relembra que a qualidade especial do agente, ou seja, a de oficial, torna mais grave a deserção, não somente pelo exemplo esperado dos oficiais às praças, mas sobretudo pela rigorosa disciplina existente no cenário militar.

Com razão, essa observação foi levantada, pois em comparação ao mundo civil, seja empresarial ou pessoal, o oficial das Forças Armadas como responsável pela direção e condução das Unidades Militares, bem como de seus respectivos departamentos e divisões, tem como mister, a responsabilidade precípua de dirigir com zelo e o necessário cuidado, tomando as precauções de praxe, por se tratar de lida com materiais bélicos e pessoal altamente treinado para o combate.

Em outras palavras, tem o dever acima, de qualquer outro militar, de se abster da ausência injustificada da Organização Militar que está lotado, como dito, sem a devida autorização, ou em pleno desconhecimento da cadeia de comando.

O prejuízo, nesse caso, poderá deixar marcas severas ao dever e ao serviço militares, atingindo um maior grau de lesividade junto aos componentes do Quartel cujo oficial desertor faz parte. Não poderia ser diferente, pois o exemplo positivo e a conduta ilibada, profissional ou pessoal, compõe um dos mais estimados e esperados dentre os valores militares cultuados pelos membros das Forças Armadas.

²⁶ O Conselho Especial de Justiça é composto por quatro oficiais, um Juiz-Presidente e três Juizes Militares, escolhidos por sorteio, devendo todos serem detentores de posto superior ao oficial, cuja denúncia foi apresentada em seu desfavor, sendo que os nomes dos oficiais membros do Conselho de Justiça são fornecidos pelo Comando Militar local, referente a Força Militar a que pertença o réu.

A condição do agente, todavia, não pode ser apreciada isolada do contexto geral do delito, naturalmente, que a ausência injustificada do oficial repercute mais do que a da praça, seja pela posição que ocupa, seja pelo exemplo que deve apresentar a tropa.

Todavia, a título de efetivo prejuízo, faz-se necessário a verificação de 2 (dois) fatores importantes. O primeiro, diz respeito a quantidade de militares lotados na Organização Militar e, o segundo, a o cargo ou função assumida pelo oficial.

Tais critérios serão abordados com maior ênfase, em momento oportuno, para que se permita uma compreensão mais estendida do tema e, seja possível, valorar com precisão as lesões produzidas em face da deserção de oficial.

b. Da deserção da praça com ou sem estabilidade

Na segunda modalidade de deserção, quanto à hierarquia ou a estabilidade, encontra-se a deserção de praça com ou sem estabilidade, cujo procedimento está arrolado no Capítulo III, do Título II, dos Processos Especiais, do Código de Processo Penal Militar.

A lei adjetiva castrense prescreve que, uma vez consumada a deserção de praça com ou sem estabilidade funcional, será imediatamente excluída do serviço ativo. Na primeira hipótese, praça estável, será agregada, fazendo-se, todavia, em ambos os casos, a publicação em boletim administrativo interno, remetendo o termo de deserção à Auditoria Militar cuja jurisdição pertença.

Como no caso da deserção de oficial, tendo sido tomadas as providências legais de praxe, a praça com estabilidade funcional adquirida, não será excluída da Organização Militar a que pertence, por conseguinte, da correspondente Força Armada.

Diferente da praça sem estabilidade, pois essa será excluída, mas ao contrário do oficial desertor, quando se apresentar voluntariamente ou for capturada, deverá ocorrer a reversão à situação de atividade, para que se possa ver processar.

Como apontam Cícero Neves e Marcello Streifinger (2014, p. 932), no caso da praça, com ou sem estabilidade funcional, não existe previsão legal de que, uma vez denunciada e esta recebida pelo Juiz-Auditor, haja necessidade que o réu continue a ostentar a condição de militar.

O Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 457, § 3º²⁷, prescreve que ocorrendo à apresentação voluntária ou a captura e tendo a praça, com ou sem estabilidade funcional, sido reincluída ao serviço ativo, no caso da praça sem estabilidade, logo após ter sido declarada apta ao serviço militar, ou procedida à reversão da praça com estabilidade, o Comandante da Organização Militar, a qual pertença à praça desertora, providenciará a remessa à Auditoria Militar, cuja jurisdição pertença, cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão.

Tendo recebido os documentos acima referendados, o Juiz-Auditor ordenará a juntada aos autos e dará vista ao Promotor ou Procurador Militar que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida.

Destarte, conclui-se que a lei processual penal militar não apresenta nenhuma condição de prosseguibilidade, ou seja, não é necessário para se ver processar pelo delito de deserção, que o agente ostente a condição de militar.

Na verdade, o que há para o caso do oficial desertor é a sua apresentação voluntária ou captura pela equipe de segurança e, no caso da praça desertora, a condição de procedibilidade se retrata pela necessidade de reversão, na hipótese de praça com estabilidade, deixando a condição de agregada e, no segundo caso, de reinclusão da praça sem estabilidade, que no momento da consumação da deserção, é excluída do serviço ativo.

Corroborando esse entendimento, Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas (2015, p. 1110) ensinam que no caso de deserção de praça, com ou sem estabilidade funcional, não haverá o oferecimento e, nem mesmo, o possível recebimento da denúncia, antes da apresentação voluntária ou da captura, até então, como bem salientado, não haverá processo judicial.

²⁷ Recebidos do comandante da unidade, ou da autoridade competente, o termo de deserção e a cópia do boletim, ou documento equivalente que o publicou, acompanhados dos demais atos lavrados e dos assentamentos, nos termos do artigo 457, do Decreto-Lei nº 1002/69, Código de Processo Penal Militar, o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo, por cinco dias, ao procurador, que requererá o que for de direito, aguardando-se a captura ou apresentação voluntária do desertor, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas. Nos termos do § 3º, do referido artigo, reincluída que a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.

Salientam, ainda, que será exigido a inspeção de saúde, para a praça sem estabilidade, com o resultado de apto para o serviço ativo, para se ver processar como agente da Deserção. Levanta-se, portanto, a seguinte indagação: por que é exigida a inspeção de saúde, apenas da praça sem estabilidade, e não da praça com estabilidade ou mesmo do oficial, se todos estarão na condição de desertores?

Em primeiro lugar, verifica-se que tanto o oficial como a praça com estabilidade, quando desertores, passam a condição de agregados, ou seja, deixam de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número.

Ambos os militares, oficial ou praça com estabilidade, não serão excluídos de sua respectiva Força Militar, permanecendo vinculados à mesma.

Todavia, há uma pequena, porém importante diferença, no caso do oficial desertor, esse permanecerá na situação de agregado até a decisão transitada em julgado, já a praça com estabilidade, diferentemente do caso anterior, deverá ser procedida sua reversão, de modo que, constitui condição de procedibilidade à propositura da ação penal militar.

Em segundo lugar, constata-se que a praça sem estabilidade é excluída da Força Militar a que pertence, com o consequente desligamento da Unidade Militar que estava lotado,²⁸ nesse passo, perde total e absolutamente o vínculo funcional, passando para a situação de civil.

De modo geral, as praças sem estabilidade, além de se vincularem aos preceitos legais estatuídos pelo Estatuto dos Militares - Lei 6.880/80, também se subordinam aos ditames da Lei do Serviço Militar - Lei 4.375/64, e seu respectivo Regulamento - Decreto 57.654/66.

Essas normas estabelecem que, para o militar temporário, ou seja, sem estabilidade seja admitido à prestação do serviço militar inicial ou temporário, necessário se faz a constatação, por meio da realização de exame médico, da aptidão física e mental para o ofício militar, caso contrário, serão considerados incapazes para o mister.²⁹

²⁸ A exclusão do serviço ativo das Forças Armadas e o consequente desligamento da organização a que estiver vinculado o militar, nos termos do inciso IX, do artigo 94, da Lei nº 6.880/80, Estatuto dos Militares, decorre da deserção.

²⁹ Segundo o artigo 28, da Lei nº 4.375/ 64, Lei do Serviço Militar, são isentos do Serviço Militar: a) por incapacidade física ou mental definitiva, em qualquer tempo, os que forem julgados inaptos em seleção ou inspeção e considerados irrecuperáveis para o Serviço Militar nas Forças Armadas; b) em tempo de paz, por incapacidade moral, os convocados que estiverem cumprindo sentença por crime doloso, os que depois de incorporados forem expulsos das fileiras e os que, quando da relação, apresentarem indícios de incompatibilidade que, comprovados em exame ou sindicância, revelem incapacidade moral para integrarem as Forças Armadas. Parágrafo único. A reabilitação dos incapazes

No caso, portanto, a resposta à questão suscitada diz respeito, especificamente, ao quesito de procedibilidade à propositura da ação penal militar, propugnado pelo Enunciado nº 12 do Superior Tribunal Militar³⁰, uma vez que, tanto o oficial como a praça com estabilidade não deixam, em nenhum momento, a condição de militares.

Todavia, a praça sem estabilidade é excluída do serviço ativo, passando à condição de civil, não preenchendo o requisito de procedibilidade fazendo, pois necessário sua reinclusão à Força Armada a qual pertencia. Sendo factível apenas se estiver em condições físicas e mentais adequadas às atividades militares que irá desempenhar.

Acompanhando o raciocínio acima exposto Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas escrevem:

Eis aqui a mais poderosa perícia do processo penal brasileiro, quiçá mundial: a inspeção de saúde do desertor sem estabilidade. Não sendo apto para o serviço, a praça sem estabilidade que desertou fica livre da reinclusão e do processo por motivação *sui generis* em que, como dissemos, se mistura penal, processo penal e direito administrativo. De tudo que se lê sobre o assunto a ideia parece ser a de que só vai ser processada por deserção a praça sem estabilidade que puder ser reincluída por ainda ter condições de prosseguir com o seu serviço militar obrigatório ou em suas fases posteriores. É uma perícia que impede a ação, o processo. Notem que um incidente de insanidade mental de acusado, no Código de Processo Penal Militar, pode ser proposto antes do processo e resultando na insanidade, haverá o processo para se analisar a aplicação de medida de segurança: a chamada absolvição imprópria. Mas a perícia de deserção, impede que haja qualquer processo, em todos os casos que concluir por incapacidade. Sim, sempre que houver incapacidade, pois além de entendimentos sobre incapacidade temporária temos o § 1º que determina a reinclusão, condição de procedibilidade, se dará se o desertor for apto! (MARREIROS, ROCHA e FREITAS, 2015, p. 1112)

No caso do oficial desertor, o Código de Processo Penal Militar exige a condição de prosseguibilidade, tendo em vista que em seu artigo 454, § 4º³¹, está prescrito que depois de recebida a exordial acusatória, o Juiz-Auditor determinará que seja aguardada a captura ou a apresentação voluntária do desertor, sem a qual, não será possível dar prosseguimento a ação penal militar.

poderá ser feita *ex officio* ou a requerimento do interessado, segundo normas fixadas na regulamentação desta Lei.

³⁰ A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.

³¹ Recebida a denúncia, segundo o §4º, do Decreto-Lei nº 1002/69, Código de Processo Penal Militar, o Juiz-Auditor determinará seja aguardada a captura ou apresentação voluntária do desertor.

A situação da praça com estabilidade se apresenta diversa, tendo em vista que, a ata de inspeção de saúde é irrelevante e a reversão ao serviço ativo é a única condição de procedibilidade ao recebimento da denúncia. Quer se dizer então que, a lei não traz nenhuma condição de prosseguibilidade para a praça com estabilidade, bem como em relação a praça sem estabilidade.

Será apresentado, a seguir, uma análise concernente a classificação da deserção quanto ao tipo penal, quais sejam, deserção comum, tipos assimilados, deserção especial e deserção por evasão, podendo esses serem praticados por oficial, praça com ou sem estabilidade.

2.2 Da deserção quanto aos tipos penais

O Código Penal Militar apresenta um rol de deserções que se assemelham, por um lado, quanto ao critério objetivo no que se refere ao período de afastamento injustificado do militar da Unidade Militar que esteja lotado ou do local que deva permanecer, por mais de 8 (oito) dias, por outro, traz situações específicas que esse delito poderá ocorrer.

Não trata, pois de um remodelamento do delito em comento, mas de uma contextualização de hipóteses onde o afastamento ilegal possa se configurar, possivelmente, fruto da experiência profissional militar, apresentada ao legislador, como sendo os casos de deserção de maior ocorrência no âmbito militar.

a. Da deserção comum

A deserção comum está capitulada no artigo 187, do Código Penal Militar, trazendo a modalidade básica do delito em comento, indicando o período necessário de ausência para que esteja configurado o crime em questão.³²

Célio Lobão (2006, p. 297) ensina que, a definição da deserção, alterna conforme a respectiva legislação de cada país, cita o exemplo da França que conceituava o delito em epígrafe como o fato do militar romper, ilegalmente, o laço que o liga ao serviço de Estado, sofrendo influência, pois do sistema contratual da prestação do serviço militar.

³² Nos termos do artigo 187, do Decreto-Lei 1.001/69, Código Penal Militar, o militar que ausenta-se sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias, está sujeito a pena de detenção, de seis meses a dois anos. Na hipótese do desertor ser oficial, a pena será agravada.

Posteriormente, a ligação entre o militar e o serviço militar evoluiu, fixando-se no ato de incorporação que passou a constituir-se no laço de ligação o militar à Força Armada.

O artigo que trata da deserção comum define o delito como o fato do militar, oficial, praça com estabilidade ou sem estabilidade que, sem autorização da autoridade competente, ausenta-se da Organização Militar em que serve ou do local onde deveria permanecer, por tempo superior a 8 (oito) dias, ou mesmo, se estiver legalmente ausente, deixa de se apresentar, nesse mesmo prazo, depois de cessado o motivo legal do afastamento.

Mas em que hipótese o militar deverá permanecer em local diverso de sua Unidade Militar? Em resposta a presente indagação, cita-se como exemplo típico, as Companhias de Engenharia do Exército Brasileiro, onde à tropa é ordenado deslocar-se para determinada localidade, com o propósito de reparar uma ponte que foi destruída por uma enchente, ou mesmo, restaurar um trecho de uma rodovia danificada pelo uso contínuo.

Outro exemplo, agora utilizando a Marinha do Brasil como referência, é o caso dos militares lotados nas Capitânicas dos Portos espalhadas pelo País, na qual dentro de suas respectivas jurisdições existem faróis, muitos desses localizados em ilhas oceânicas ou locais de preservação ambiental. Portanto, cabe aos militares lotados nessas Organizações Militares efetuarem o reparo dos faróis, trabalho que leva, dependendo do caso, meses.

A deserção é crime militar, em razão do disposto na segunda parte do inciso I, do artigo 9º, do Código Penal Militar³³, ou seja, trata de crime não previsto na lei penal comum. Constitui delito propriamente militar, tendo em vista que, é uma infração penal própria ou funcional, na qual, apenas os militares da ativa, oficiais ou praças, podem praticar.

Segundo Cícero Neves e Marcello Streifinger (2014, p. 930), o tipo em comento, tutela o serviço militar atingido pelo fato do militar não se fazer presente. Sendo assim, por consequência, protege o dever militar, em outras palavras, o comprometimento, a vinculação do homem aos valores éticos e funcionais da caserna e de sua profissão.

Ausentar-se significa evadir-se de determinado local, destarte, o objeto da conduta é o local onde o militar deve permanecer por força da sua atividade e designação. Possui a conotação, via de regra, como a conduta de abandonar determinado cargo, função ou posto.

³³ Consideram-se crimes militares, em tempo de paz, segundo o inciso I, do artigo 9º, do Decreto-Lei nº 1.001/69, Código Penal Militar, os crimes de que trata o aludido Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial.

Guilherme Nucci (2014, p. 283), muito bem ressalta que, a deserção não é meramente um crime próprio, típico do militar, mas também de mão própria. Deve ser cometido pessoalmente pelo militar, inexistindo a possibilidade de se valer de interposta pessoa, muito embora, seja possível a ocorrência por participação.

A deserção comum não permite que outra pessoa, senão o próprio militar a pratique. Constitui ato pessoal e intransferível, seja em razão da necessidade de ser militar para a prática do delito, seja porque outro não poderia desertar em seu lugar.

Por esse motivo, ostenta a classificação de crime propriamente militar, onde um civil não teria a qualificação para cometê-lo, bem como de mão própria, em face da indeclinabilidade da ação. Cabe salientar que, a contagem do prazo de graça, inicia-se no dia seguinte ao dia da verificação da ausência, enquanto o dia final é contado por inteiro.

Jorge Cesar de Assis apresenta um exemplo claro e conciso que transparece o cuidado que, o Comandante da Unidade Militar ou seu representante legal deve possuir, para que não ocorra a nulidade processual por contagem equivocada do referido prazo:

Ex.: se a ausência injustificada ocorreu no dia 10, inicia-se a contagem do prazo dos dias de ausência à zero hora do dia 11 e consumir-se-á a deserção a partir da zero hora do dia 19.

Em face desse comando legal decorre o seguinte:

a) existe um dia de constatação inicial da falta injustificada do militar: o horário normal do expediente das unidades das Forças Armadas inicia-se às 08:00 horas. Ao chegar na sua unidade, o militar deve entrar em forma às 08:00 horas, para a tirada das faltas, logo em seguida são dadas as ordens diárias para o expediente e ato contínuo, os militares são liberados para as respectivas seções de trabalho. Os horários de formaturas que objetivam o controle das faltas ao expediente são: manhã, 08:00 horas; tarde, 13:00 horas e; final de expediente, às 17:00 horas.

b) a contagem dos dias de ausência para a lavratura do termo de deserção iniciar-se-á à zero hora do dia seguinte. (ASSIS, 2014, p. 561)

A expressão por mais de 8 (oito) dias, significa, a primeira fração de tempo após a contagem de dias na qual o agente adquire a condição de desertor. Diferente de como alguns doutrinadores pensam, a deserção não é crime formal, mas sim permanente, sujeitando o militar à prisão cautelar descrita no artigo 452, do Código de Processo Penal Militar.³⁴

A deserção comum não comporta a modalidade tentada, pois está condicionado ao advento do prazo de 8 (oito) dias para se configurar. Antes do prazo em comento, o agente

³⁴ O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e, segundo o artigo 452, do Decreto-Lei 1.002/69, destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão.

estará adstrito aos ditames dos códigos disciplinares militares, seja em face de contravenção ou transgressão disciplinar.³⁵ Assim sendo, quando o militar estiver ausente da Unidade Militar que estiver lotado, por período não superior a 8 (oito) dias, estará em tese cometendo uma infração administrativa disciplinar.

Cícero Neves e Marcello Streifinger (2014, p. 934) apresentam, ainda, importante consideração nesse aspecto quando escrevem que, o tipo penal estabelece um período, além do qual há configuração da deserção comum. Esse prazo foi fixado em 8 (oito) dias, no qual o militar não estará em prática delitiva, mas apenas em conduta disciplinar. Destarte, por não restar nenhuma consequência penal militar ao agente, denomina-se o período, entre os 8 (oito) dias, de ausência ilegal ou período de graça.

Constata-se, por consequência, que o período de ausência, se injustificado, está ligado ao dolo do agente, de modo que o seu afastamento da Organização Militar que esteja lotado ou de lugar que deva permanecer está atrelado ao dolo específico de se rebelar contra as ordens e regulamentos militares. Despreza o compromisso assumido, quando do juramento da Bandeira Nacional e, portanto, coloca seus interesses acima dos valores venerados pelos membros das Forças Armadas. Deixa ao largo a confiança depositada pelo seu Comandante, seus superiores hierárquicos e, acima de tudo, de seus companheiros de farda.

Em continuação, ao estudo das espécies do delito em estudo, sucede-se à apreciação da descrição e de questões teóricas e legais dos casos assemelhados a deserção, delineados pelo artigo 188, do Código Penal Militar.

Sendo prescrito pela norma em comento que, na mesma pena, imposta para a deserção comum incorrerá o militar que: (i) não se apresenta no lugar designado, dentro de 8 (oito) dias, findo o prazo de trânsito ou férias; (ii) deixa de se apresentar a autoridade competente, dentro do prazo de 8 (oito) dias, contados daquele em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou em que é declarado o estado de sítio ou de guerra; (iii) tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do prazo de 8 (oito) dias; e (iv) consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade.

³⁵ A Marinha do Brasil trata de contravenção disciplinar e o Exército Brasileiro e a Força Aérea Brasileira tratam de transgressão militar a falta administrativa, previamente, descrita nos regulamentos disciplinares, cometida pelo militar no desempenho de sua função ou em razão dessa.

b. Da deserção ao término do período de trânsito ou de férias

São, portanto, quatro modalidades de deserções assimiladas, a primeira, o agente não se apresenta no lugar designado, quando encerrado o período de trânsito³⁶ ou de férias.

O trânsito constitui o lapso de tempo concedido ao militar, para se deslocar da Organização Militar em que, atualmente esteja lotado, para outra onde irá servir, seja por solicitação pessoal, seja por interesse do próprio serviço.

Diga-se de passagem, algo natural na vida profissional do militar, onde ao longo de sua carreira, pode servir em várias localidades espalhadas pelo território nacional, ou até mesmo no exterior.

As férias não diferem das equivalentes no mundo civil, pois segundo o artigo 63, do Estatuto dos Militares, constituem afastamentos totais do serviço, anual e obrigatoriamente, concedidos aos militares para descanso, a partir do último mês do ano a que se referem e durante todo o ano seguinte, destarte, o início do gozo de férias deve ocorrer, pelo menos, a partir do dia 31 (trinta e um) de dezembro.

O ponto em comum entre o trânsito e as férias é exatamente o período de afastamento, 30 (trinta) dias, nos quais o militar estará autorizado a se ausentar de sua Organização Militar ou do local que deva permanecer, sem com isso, estar contanto o período para consumação do delito de deserção.

Mas, em uma análise perfunctória, como se pode justificar, ou seja, por qual razão o legislador penal criou uma modalidade de deserção, por equiparação para a hipótese da não apresentação após o período do gozo de férias ou trânsito?

A princípio, em muitos casos a deserção ocorre logo após um final de semana, ou seja, depois de 2 (dois) dias de ausência, sábado e domingo, autorizados pelo Comando como descanso legal destinado a tropa. Há situações em que a deserção ocorre mesmo durante a semana, no caso, o militar, ao término do expediente deixa o Quartel e se ausenta por mais de 8 (oito) dias, consumando o delito.

No caso, delineado pelo inciso I, do artigo 188, do Código Penal Militar, o prazo de afastamento é incontestavelmente maior, são 30 (trinta) dias contra dois dias do final de

³⁶Nos termos do inciso IV, do artigo 64, do Lei 6.880/80, Estatuto dos Militares, os militares têm direito, ao afastamento total do serviço por trinta dias, obedecidas às disposições legais e regulamentares, em razão do trânsito.

semana, ou pior, são 30 (trinta) dias contra 12 (doze) horas de descanso de um expediente ao outro. Nesse período de férias, muitas situações podem ocorrer, tais como viagens, propostas de emprego, novos relacionamentos, contratempos familiares e pessoais.

Em linhas gerais, se o germe da deserção já estava no âmago do militar, se o agente já nutria o desejo de desertar, o período de trinta dias de afastamento de sua Unidade Militar, do convívio com as atividades militares e com os companheiros de farda.

Em outras palavras, afastado dos valores militares cultuados pelos combatentes, muitas vezes, aliado aos incentivos pouco honestos de amigos ou familiares, fazem com que o militar tome uma decisão equivocada e pratique a deserção.

No trânsito, a situação é ainda mais delicada, enquanto nas férias o militar se afasta da conhecida Unidade Militar, que muitas vezes já serve há anos, no afastamento para transferência entre Organizações Militares, o agente, não raras vezes tem que deixar o local onde vive se afastando da família, dos amigos e tudo que construiu ao longo do tempo.

Aliado a tudo isso, nem sempre a transferência atende as expectativas pessoais e familiares do militar. Como bem salientado, quando o militar tem família e filhos, as complicações de deslocamento e adaptação familiar são aumentadas exponencialmente.

Imagina-se que um militar que serve em um Quartel em Manaus/AM é designado para servir em um Quartel em Santa Maria/RS, extremos do Brasil, quente e frio, culturas e costumes completamente diferentes, tornando significativamente difícil à adaptação do militar e de sua respectiva família.

O legislador penal militar, foi prudente em criar uma modalidade equiparada à deserção envolvendo as situações de férias e trânsito. Quis à vista disso, ressaltar algo que já estaria comprovado pela experiência hodierna da caserna, qual seja, que as probabilidades de um militar desertar são muitos maiores quando estiver em situação de férias ou trânsito.

Assim afastados da caserna e do convívio profissional e pessoal dos companheiros de farda, estará privado dos exemplos, das orientações e dos conselhos que poderiam afastar, de suas ideias, o desejo de desertar.

c. Da deserção ao término de licença, de agregação ou declarado o Estado de Sítio ou de Guerra

A segunda hipótese de deserção, por equiparação, encontra-se delineada no inciso II, do artigo 188, do Código Penal Militar, ocorrendo quando o militar deixa de se apresentar a autoridade competente, dentro do prazo de 8 (oito) dias, contados daquele em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou em que é declarado o Estado de Sítio ou de Guerra.

Cícero Neves e Marcello Streifinger (2014, p. 957) ensinam que licença é a autorização para o afastamento total do serviço, em caráter temporário, concedida ao militar, em obediência aos regulamentos militares. O artigo 67³⁷, do Estatuto dos Militares, traz as espécies de licença concedidas aos militares.

Por sua vez, a agregação corresponde a situação do militar da ativa que deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número, nos exatos termos do artigo 80³⁸, do Estatuto dos Militares.

Como exemplo de agregação, cita-se a situação dos militares da ativa que estão lotados no Superior Tribunal Militar³⁹, cedidos pelos seus respectivos Comandos Militares, encontrando-se em efetivo serviço, mas na situação de agregados.

Diferentemente, do que o Código Penal Militar traz, quando se refere a respeito do Estado de Sítio ou de Guerra, faz-se necessário atualizar a terminologia jurídica. De acordo com a normatização atual, em especial no que diz respeito a previsão legal contida na Constituição Federal de 1988, os termos jurídicos atualmente empregados são: Estado de Defesa e Estado de Sítio.

³⁷ A Licença, conforme prescreve o artigo 67, da Lei nº 6.880/80, Estatuto dos Militares, constitui a autorização para afastamento total do serviço, em caráter temporário, concedida ao militar, obedecidas às disposições legais e regulamentares. Segundo o § 1º, do mencionado artigo, a licença pode ser autorizada para: para tratar de interesse particular; para tratamento de saúde de pessoa da família; para tratamento de saúde própria; e para acompanhar cônjuge ou companheiro(a).

³⁸ Agregação, conforme estabelece o artigo 80, da Lei nº 6.880/80, Estatuto dos Militares, constitui a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número.

³⁹ Conforme dispõe o artigo 81, da Lei nº 6.880/80, Estatuto dos Militares, o militar será agregado e considerado, para todos os efeitos legais, como em serviço ativo quando: I - for nomeado para cargo, militar ou considerado de natureza militar, estabelecido em lei ou decreto, no País ou no estrangeiro, não previsto nos Quadros de Organização ou Tabelas de Lotação da respectiva Força Armada, exceção feita aos membros das comissões de estudo ou de aquisição de material, aos observadores de guerra e aos estagiários para aperfeiçoamento de conhecimentos militares em organizações militares ou industriais no estrangeiro;

O Estado de Defesa e o Estado de Sítio são regimes jurídicos para situações de grave crise, que afetam diretamente o Estado e, por conseguinte, as instituições democráticas, estas situações peculiares estão delimitadas pelos artigos 136 e 137 da Constituição Federal de 1988⁴⁰.

Segundo Walter Rothenburg (2013, p. 1562), quando a Constituição prevê tais mecanismos, tem por escopo evitar a crise e auto preservar-se. A falta de regulação jurídica poderia abrir espaço para o arbítrio do poder público, com o emprego indesejável da força bruta, assim, evitando as hipóteses sem limites jurídicos predefinidos.

Destarte, um tratamento diferenciado pela própria Constituição, para situações excepcionais, configura uma resposta legal para evitar exceção à própria carta política, ressaltando que: “quando a Constituição consegue atravessar situações de crise grave sem ser abandonada - e para isso prevê ela mesma medidas extremas de ‘salvação pública’ - essa é a prova de sua estabilidade” (ROTHENBURG, 2013, p. 1562).

Portanto, quando decretado pelo Presidente da República o Estado de Defesa, ouvidos, preliminarmente, o Conselho da República⁴¹ e o Conselho de Defesa Nacional⁴², ou

⁴⁰ O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, nos termos do artigo 136, da Constituição Federal de 1988, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. Pode, ainda, na prescrição do artigo 137, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

⁴¹ Compete ao Conselho da República, nos termos do artigo 2º, da Lei nº 8.041/90, pronunciar-se sobre: I - intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio; II - as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas. Artigo 3º O Conselho da República é presidido pelo Presidente da República e dele participam: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados, designados na forma regimental; V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal, designado na forma regimental; VI - o Ministro da Justiça; VII - 6 (seis) cidadãos brasileiros natos, com mais de 35 (trinta e cinco) anos de idade, todos com mandato de 3 (três) anos, vedada a recondução, sendo: a) 2 (dois) nomeados pelo Presidente da República; b) 2 (dois) eleitos pelo Senado Federal; e c) 2 (dois) eleitos pela Câmara dos Deputados.

⁴² O Conselho de Defesa Nacional (CDN) é um órgão de Consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do estado democrático, com previsão legal estabelecida pela Lei nº 8.183/91. Na forma do § 1º do art. 91 da Constituição Federal de 1988, compete ao Conselho às seguintes atribuições: a) opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração de paz; b) opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal; c) propor os critérios e condições de utilização das áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas

decretado, com autorização do Congresso Nacional, pelo Presidente da República, do mesmo modo, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, apresentar-se-ão as circunstâncias justificadas para a suspensão do afastamento regular, seja da licença, da agregação ou mesmo das férias.

Com rigor ainda maior, encontra-se a situação do militar que esteja de licença ou agregado e, o Estado brasileiro, toma para si o direito de convocar tantos quantos militares estiverem aptos ao desempenho de suas funções inerentemente militares. Agora não se trata de atividades meramente administrativas, pelo contrário, de atividades de segurança e de defesa, envolvendo, se necessário, o uso de esforço físico para solução dos conflitos.

Por essa razão, muito mais injustificada por óbvio, seria a prática do delito de deserção, quando mais se espera da atuação do militar como profissional das armas, na defesa da Pátria e na garantia da lei e da ordem.

d. Da deserção ao término do cumprimento de pena

Prosseguindo na análise das hipóteses esposadas pelo artigo 188, do Código Penal Militar, deserção por equiparação, vislumbra-se o inciso III, sendo prescrito neste que, comete o delito o militar que tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do aludido prazo de 8 (oito) dias.

A pena que se refere, o inciso anterior, trata da sanção disciplinar de cunho administrativo, tendo em vista, a prática de uma contravenção ou transgressão disciplinares, não à pena proveniente de uma sentença condenatória em juízo civil ou militar.

Uma vez que diga respeito a pena privativa de liberdade, proveniente de uma sentença condenatória, decretada em processo penal legalmente constituído ter-se-á duas situações distintas, seja o agente do delito oficial ou praça.

relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; d) estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do estado democrático. O Conselho de Defesa Nacional, nos termos do artigo 2º, da lei em comento, será presidido pelo Presidente da República e dele participam como membros natos: I - o Vice-Presidente da República; II - o Presidente da Câmara dos Deputados; III - o Presidente do Senado Federal; IV - o Ministro da Justiça; V - o Ministro da Marinha; VI - o Ministro do Exército; VII - o Ministro das Relações Exteriores; VIII - o Ministro da Aeronáutica; IX - o Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento.

Todo oficial que for condenado a pena privativa de liberdade de até 2 (dois) anos, bem como ter procedido incorretamente no desempenho do cargo, tido conduta irregular, ou praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou decoro da classe será submetido à Conselho de Justificação. Referido Conselho se destina a julgar, através de processo especial, a incapacidade do oficial das Forças Armadas para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. Diferentemente da deserção, os oficiais inativos, sejam da reserva remunerada ou reformados também podem ser submetidos ao procedimento em epígrafe.⁴³

Por sua vez, a praça com estabilidade, em semelhantes moldes aos oficiais, se enquadrada nas hipóteses elencadas no artigo 2º⁴⁴, do Decreto 71.500/72, sendo submetido a

⁴³ Será submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou "ex officio", segundo o artigo 2º, da Lei nº 5.836/72, o oficial das forças armadas que: I – for acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter: a) procedido incorretamente no desempenho do cargo; b) tido conduta irregular; ou c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe; II - seja considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, no momento em que venha a ser objeto de apreciação para ingresso em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha; III – seja afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo; IV – for condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restrita de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou V – for pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional. Nos termos do parágrafo único, o referido artigo, será considerado, entre outros, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo o oficial das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente: a) estiver inscrito como seu membro; b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício; c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

⁴⁴ Será submetida a Conselho de Disciplina, " ex officio ", nos termos do artigo 2º, do Decreto nº 71.500/72, a praça que for: I - acusada oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter: a) procedido incorretamente no desempenho do cargo; b) tido conduta irregular; ou c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou decoro da classe; II - afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares, por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo; III - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente à segurança do Estado, em tribunal civil ou militar, a pena restritiva de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou IV - pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional. Será considerada pertencente a partido ou associação, segundo o parágrafo único do mencionado artigo, a praça das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente: a) estiver inscrita como seu membro; b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício; c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

Conselho de Disciplina para julgar sua incapacidade, para permanecer na ativa, permitindo assim acessos a ampla defesa e ao contraditório.

Não raras vezes, a pena disciplinar, oriunda de uma contravenção ou transgressão disciplinares, falta administrativa cometida por militar no âmbito da caserna, pode ocasionar, em desfavor do oficial ou da praça, uma pena privativa de liberdade⁴⁵ de até 30 (trintas) dias, seja essa de prisão simples ou prisão rigorosa.

Sendo a primeira cumprida em semelhança ao regime semiaberto do Código Penal brasileiro, onde o militar durante o dia cumpre o expediente de trabalho normalmente e a noite se recolhe ao alojamento ou xadrez e, a segunda, nos mesmos moldes do regime fechado, destarte, integralmente recolhido ao alojamento se oficial ou sargento ou ao xadrez se cabo, marinheiro ou soldado.

Por questões de ordem administrativa ou organizacional, ou mesmo por necessidades operacionais, determinadas Regiões Militares, Distritos Navais ou Comandos Aéreos as penas disciplinares, quando se tratarem de pena privativa de liberdade, serão cumpridas em Unidade Militar pré-determinada. De modo que o militar tem que se deslocar do seu Quartel para cumprir a sanção em outra localidade, geralmente, dentro da própria municipalidade.

Nessa situação, após o cumprimento da pena, muitas vezes, desgostoso com a carreira militar assumida, aliada a insatisfação de ter se submetido, a uma sanção administrativa rigorosa, pode ocasionar que o oficial ou a praça não retorne à Organização Militar que esteja lotado, pelo prazo superior a oito dias, consumando o crime de deserção.

⁴⁵ As penas disciplinares impostas aos militares da Marinha do Brasil, nos termos do artigo 14, do Decreto nº 88.545/83, Regulamento disciplinar para a Marinha, são as seguintes: a) para Oficiais da ativa: 1. Repreensão; 2. Prisão simples, até 10 dias; e 3. Prisão rigorosa, até 10 dias. b) para Oficiais da reserva que exerçam funções de atividade: 1. Repreensão; 2. Prisão simples, até 10 dias; 3. Prisão rigorosa, até 10 dias; e 4. Dispensa das funções de atividade. c) para os Oficiais da reserva remunerada não compreendidos na alínea anterior e os reformados: 1. repreensão 2. Prisão simples, até 10 dias; e 3. Prisão rigorosa, até 10 dias. d) para Suboficiais: 1. repreensão; 2. prisão simples, até 10 dias; 3. prisão rigorosa, até 10 dias; e 4. exclusão do serviço ativo, a bem da disciplina. e) para Sargentos: 1. repreensão; 2. Impedimento, até 30 dias; 3. prisão simples, até 10 dias; 4. prisão rigorosa, até 10 dias; e 5. licenciamento ou exclusão do serviço ativo, a bem da disciplina. f) para Cabos, Marinheiros e Soldados: 1. repreensão; 2. impedimento, até 30 dias; 3. serviço extraordinário, até 10 dias; 4. prisão simples, até 10 dias; 5. prisão rigorosa, até 10 dias; e 6. licenciamento ou exclusão do serviço ativo, a bem da disciplina. Às Praças da reserva ou reformados, nos termos do parágrafo único, do mesmo artigo, aplicam-se as mesmas penas estabelecidas neste artigo, de acordo com a respectiva graduação.

Cícero Neves e Marcello Streifinger (2014, p. 957) escrevem que “de qualquer forma, deve-se ter em mente que, nos casos trazidos pelos incisos I a III, estamos diante de um rol exemplificativo, e não taxativo”.

Em concordância, com que os autores acima aludiram, todavia, para melhor ilustrar a questão, acrescenta-se um argumento, em relação ao especial motivo pelo qual, o legislador penal militar teria apresentado um rol de hipóteses singulares que, de forma alguma, divergiriam no mérito e no fundamento legal. Tanto nos casos elencados como em qualquer outro motivo pelo qual, o militar venha se ausentar, injustificadamente, da Unidade Militar que esteja lotado ou do local que deve permanecer por mais de 8 (oito) dias.

Sintetizando, os casos delineados pelos incisos I a III do artigo 188 seguem os mesmos preceitos legais estabelecidos pelo artigo 187 *caput* ambos do Código Penal Militar. Todavia, entende-se que o legislador desejou ilustrar algumas hipóteses de afastamentos legais mais comuns e, ainda mais, reforçar os casos em que a deserção, por estatística ou experiência, poderiam ocorrer com maior frequência.

Apresenta-se, em última análise, no que tange aos 3 (três) primeiros incisos do artigo 188, bem como ao disposto no *caput* do artigo 187, ambos do Código Penal Militar, a atenuante e a agravante especial aplicada a essas hipóteses legais, em razão do exposto pelo artigo 189 do mesmo Código.

Em primeiro lugar, o inciso I, do retro citado artigo prescreve que na hipótese do agente se apresentar, voluntariamente, dentro de até 8 (oito) dias após a consumação da deserção, na situação de condenação, o magistrado diminuirá a pena pela metade. Na possibilidade de se apresentar entre nove e sessenta dias, a sanção será reduzida de 1/3 (um terço). Em segundo lugar, o inciso II, reza que se a deserção ocorrer em Organização Militar sediada em área de fronteira ou em país estrangeiro, a pena será agravada de 1/3 (um terço).

Como se observa, por um lado, a lei penal castrense, abre uma oportunidade para que o desertor, arrependido de seu ato, retorne à sua Unidade Militar ou local que deve permanecer, dentro de certo prazo, a fim de que sua pena seja minimizada, por outro lado, adverte que se a deserção ocorrer em localidade fronteira ou em país estrangeiro a pena será majorada.

e. Da deserção por simulação de incapacidade

A última hipótese elencada no artigo 188, do Código Penal, inciso IV, diz respeito à situação do militar que consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade.

Célio Lobão (2006, p. 315), sobre a hipótese delineada no inciso supra citado, narra que o legislador, por equiparação à deserção, acresceu o fato de o militar conseguir exclusão do serviço ativo, criando ou simulando incapacidade. Segundo o autor, essa conduta ilícita era conhecida em Roma, quando os pais cortavam o polegar dos filhos, incapacitando-os para o uso das armas da época, como a espada, a lança e o escudo.

De qualquer maneira, o militar passará à situação de inatividade, com exclusão do serviço ativo, subtraindo-se, permanentemente, da obrigação do serviço militar. Muito bem colocado pelo autor, quando assevera que não se trata mais de uma modalidade deserção, mas pelo contrário, de outra figura penal, como descrita na legislação francesa, na qual vem previsto o delito de mutilação voluntária, delineado pelo artigo 418, do Código de Justiça Militar daquele País. No caso em comento, não haverá o termo de ausência, de modo que, o termo de deserção será lavrado tão logo for conhecida a fraude, mesmo que o agente esteja presente ao ato.

Realmente, deve ser considerado, uma significativa diferença, entre essa hipótese e a deserção comum até então estudada. Aqui não se vê a necessidade do afastamento por mais de 8 (oito) dias, mas a simples constatação da simulação de inatividade ou a criação de incapacidade para o serviço ativo de modo fraudulento.

Cícero Neves e Marcello Streifinger (2014, p. 961) asseveram que nessa modalidade, o agente para se esquivar do compromisso assumido para com a pátria “cria (promove, proporciona) ou simula (finge, disfarça) incapacidade (física ou mental) para passar para a inatividade (no caso de militar de carreira) ou ser excluído do serviço ativo (aquele que cumpre o serviço militar obrigatório)”.

Situação muito mais grave, salvo melhor juízo, do que a deserção na modalidade comum, descrita pelo artigo 187, do Código Penal Militar. Nessa primeira, o agente não comparece à Organização Militar a qual está lotado ou ao local que lhe seja determinado permanecer.

Na segunda, o militar utiliza de um simulacro que lhe vai eximir de cumprir o tempo do serviço militar obrigatório, ou se possuir estabilidade funcional, poderá ser reformado nos termos do inciso II, do artigo 106, do Estatuto dos Militares⁴⁶, não perdendo vínculo, com sua respectiva Força Armada e, por conseguinte, recebendo remuneração oriunda da União.

No caso do militar sem estabilidade, ainda, devemos considerar que diferentemente da deserção comum, o agente se esquivara para sempre, se não descoberto, da obrigação com o serviço militar.

Ao passo que, o desertor comum, estará em permanente estado de flagrância podendo ser capturado a qualquer momento e, colocado a disposição da Justiça Militar da União, para se ver processar, ou se for o caso, aguardar até os 45 (quarenta e cinco) anos de idade, para as praças, e 60 (sessenta) anos para os oficiais para a ocorrência da prescrição especial, com a devida extinção da punibilidade, nos termos do artigo 132, do Código Penal Militar.⁴⁷

Se a deserção comum já representa um revés à Força Armada a qual pertence o militar, tanto mais a deserção por simulacro de incapacidade que, além de afastar o agente das fileiras militares, cria um compromisso financeiro indevido aos cofres públicos, onerando ilegalmente o orçamento público.

Trata-se, pois, de um crime a semelhança do estelionato cujo autor induz ou mantém a administração militar em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, obtendo para si vantagem ilícita, com a agravante de ferir, concomitantemente, o serviço e o dever militares.

f. Da deserção especial

Passando para a quarta classificação da deserção, quanto ao tipo penal, verificamos a modalidade da deserção especial descrita pelo artigo 190, da lei adjetiva castrense. Essa infração penal ocorre quando, o militar, deixa de se apresentar no momento da partida do navio ou da aeronave, de que é tripulante, ou do deslocamento da Unidade ou Força em que serve.

⁴⁶ Lei 6.880/80. Estatuto dos Militares. Artigo 106. A reforma *ex officio* será aplicada ao militar que: (...) II - for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas;

⁴⁷ Decreto-Lei 1.001/69. Código Penal Militar. Artigo 132. No crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta.

Um aspecto peculiar, nessa infração penal, diz respeito a pena imposta que será agravada, tanto quanto, mais tempo o militar ficar afastado do navio, aeronave ou Unidade Militar a que pertence. Desse modo, se após a partida ou deslocamento do navio, aeronave ou tropa se apresentar, dentro de 24 (vinte e quatro horas) à autoridade militar do lugar, ou, na falta desta, à autoridade policial, para ser comunicada a apresentação ao Comando Militar competente, a pena será de detenção, de até 3 (três) meses.

Na hipótese da apresentação se der dentro de prazo superior a 24 (vinte e quatro) horas e não excedente a 5 (cinco) dias, a pena será detenção, de 2 (dois) a 8 (oito) meses. Todavia, se superior a 5 (cinco) dias e não excedente a 8 (oito) dias, a pena será de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, por fim, se superior a 8 (oito) dias, a pena será de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas (2015, p. 1129) asseveram que, nessa modalidade, não existe o prazo de graça, ao contrário, ocorre quando o militar deixa de se apresentar na partida ou deslocamento nas hipóteses previstas no artigo. Não consiste em crime “a bordo”, pois o agente não partiu com o navio ou com a aeronave, simplesmente, não se apresentou.

Essa modalidade traz uma peculiaridade, muito singular, em face à deserção comum, descrita pelo artigo 187, do Código Penal Militar, no que tange, especificamente, quanto ao efetivo envolvido na situação de deserção especial. Relaciona-se com a efetiva quantidade de militares empregados no navio, na aeronave ou na tropa em exercício.

No caso do navio, por exemplo, que é considerado uma Organização Militar autônoma, destarte, uma Unidade Militar singular, em relação às Unidades Militares de terra, a falta de apenas um militar já poderia provocar, um prejuízo maior ao bom desempenho operacional do meio militar, tendo em vista que, tanto no navio como na aeronave, cada militar, em face de sua especialização profissional, exerce atividade que muitas vezes não pode ser realizada por outro militar.

Há, ainda, um detalhe que, torna ainda mais delicada a situação, tanto do militar que comete a deserção especial, quanto da Organização Militar a qual pertence. Em exercício de reflexão imagina-se que o navio ou a aeronave estejam em um país estrangeiro, como por exemplo, *Chittagong*, cidade litorânea de *Blangadesh* - no caso de navio – , ou *Dahka*, capital de *Blangadesh* – no caso de aeronave - e, para ambas as hipóteses, o próximo porto ou aeroporto será em outro país ou o regresso se dará para o Brasil.

O desertor especial estará em território estrangeiro, por conta própria, muitas vezes não contando com recursos financeiros para se manter e, ainda, não conhecendo o idioma local, devendo no caso, procurar a Embaixada do Brasil em *Dakha* ou as autoridades locais, na busca de auxílio no intuito de regressar ao Brasil ou até o porto ou aeroporto que os meios militares estejam localizados.

Como se observa, há um complicador logístico para a situação retro mencionada, sendo necessária para solução do problema, o acionamento de órgão do Ministério das Relações Exteriores ou o governo local, bem como a aplicação de recursos, oriundos dos cofres da União, para repatriação do desertor ou o envio para o próximo porto ou aeroporto.

g. Da deserção por evasão ou fuga

Por fim, no que diz respeito à classificação da deserção, quanto ao tipo penal, encontra-se a deserção por evasão ou fuga, delineada pelo artigo 192, do Código Penal Militar. Este artigo descreve o tipo penal, como o ato, do militar, evadir-se do poder da escolta, ou de recinto de detenção ou de prisão, ou fugir em seguida à prática de crime para evitar prisão, permanecendo ausente por mais de oito dias.

Jorge Cesar de Assis (2014, p. 586) salienta que, a deserção por evasão ou fuga é própria e o elemento subjetivo do crime é a vontade do agente, determinada no sentido de abandonar o serviço militar. Sendo que, essa vontade, existe quando o militar foge da prisão militar, sendo cumprindo sanção penal ou mesmo disciplinar, que teria como finalidade a sua recuperação.

Nesse ponto, toma-se a liberdade para abrir discordância ao autor, no sentido de que, a finalidade precípua da pena não seria a recuperação propriamente dita. Uma visão utópica para os dias atuais, mas sim, mais como uma retribuição pelo mal praticado.

De qualquer forma, só haverá a deserção nesse caso, se o militar deixar a prisão ou logo após a prática de uma infração penal, com o fito de se livrar do flagrante delito, continuar ausente depois de transcorrido mais de 8 (oito) dias.

Trata, pode-se dizer, de mais um caso equiparado à deserção comum, todavia, com as nuances próprias do tipo penal, pois ainda para o concerto da infração penal será necessário o interregno temporal de mais de oito dias de ausência, com o detalhe da evasão ocorrer de prisão ou para se livrar da mesma.

Guilherme Nucci (2014, p. 287 e 288) traz interessante contribuição, em relação aos demais autores, quando considera que, muito embora a lei vise tutelar a disciplina militar, o tipo penal em comento não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Considera que, a garantia individual, consistente na presunção de inocência aliado ao direito ao silêncio, corroboram o princípio processual penal de que, ninguém é obrigado a produzir prova contra si, portanto, ocorrida a prática do delito e, permanecendo no local, entregando-se à autoridade policial é exigir muito da disciplina de alguém.

Num segundo momento, considera ainda que, “constituindo o direito à liberdade um preceito fundamental, torna-se natural que o intuito de qualquer pessoa é fugir. Não se pretende sustentar que exista um direito de fuga, mas apenas não ser possível criminalizá-la” (NUCCI, 2014, p. 287 e 288).

Discorda-se do autor, não no sentido de que o militar seja um ser superior, naturalmente que não, mas faz-se necessário considerar que um cidadão, homem ou mulher, que jura proteger sua Pátria e seus conterrâneos, se preciso for, com o sacrifício da própria vida, cultua valores em grau diferenciado da população geral.

Quando a lei define que entre as manifestações essenciais do valor militar, encontram-se “o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida”⁴⁸, não se pode esperar que o militar tenha o mesmo comportamento de um paisano.

Não se deve entender, como Guilherme Nucci, que o artigo 192, do Código Penal Militar, não tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, até porque nessa mesma Carta, está prescrito no § 1º, do artigo 144, que “lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas”.

De todo modo, subsidiado pelos valores militares que o combatente ostenta, não se espera que o militar deserte, muito menos, que fuja à responsabilidade de responder por um crime que praticou. Diga-se de passagem, situação muito mais amena do que enfrentar o

⁴⁸ Nos termos do artigo 27, da Lei nº 6.880/80, Estatuto dos Militares, são manifestações essenciais do valor militar: I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida; II - o civismo e o culto das tradições históricas; III - a fé na missão elevada das Forças Armadas; IV - o espírito de corpo, orgulho do militar pela organização onde serve; V - o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida; e VI - o aprimoramento técnico-profissional.

inimigo, no fronte de batalha, pondo sua vida, o bem juridicamente tutelado de maior valor e importância, em segundo plano.

Serão abordados a seguir, os delitos relacionados à deserção, todavia, que não propriamente o delito em comento. Em razão disso, como se observará não seguem os ritos especiais da aludida infração penal, são esses: o concerto para a deserção; o favorecimento a desertor e a Omissão de Oficial.

2.3 Dos delitos relacionados à deserção

Em face da provada lesividade que a deserção traz para o âmbito militar, correspondendo ao desprezo pelo serviço e pelo dever militares, por conseguinte, pela atividade precípua das Forças Armadas, quais sejam, defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais.

Subsidiariamente, a garantia da lei e da ordem, o legislador penal militar julgou por bem relacionar a prática de alguns delitos específicos que propriamente não estariam configurados como o ato de desertar, mas de algum modo pudessem, ao serem executados, beneficiar a figura do desertor ou até mesmo incitar a prática delitiva em comento.

a. Do concerto para a deserção

O primeiro delito relacionado à deserção corresponde ao concerto para deserção delineado pelo artigo 191, do Código Penal Militar, importando em duas hipóteses legais, na primeira, a deserção não chega a consumir-se, na segunda, a deserção se consuma.

Célio Lobão (2006, p. 334) ensina que em vigilância a disciplina militar, bem como a segurança da Unidade Militar, no que tange a deserção coletiva, o legislador ampliou a ação repressiva da lei adjetiva castrense, no intuito de alcançar quem participa de atos preparatórios, ou seja, da maquinação para a prática coletiva da Deserção.

Com excessiva, porém justa precaução, o legislador estendeu à *longa manus* do Estado, na persecução penal, em delinear um tipo penal que previsse a hipótese de militares concertarem para a consecução da deserção.

A atividade legiferante quis repelir até mesmo a articulação de militares que, concertariam à consecução de uma deserção coletiva, providente, pois o legislador de antever

o prejuízo significativo ao serviço militar que, inevitavelmente, afetaria o moral da tropa em razão de um conjunto de militares desertarem simultaneamente.

Configura-se por um delito de natureza formal ou de perigo abstrato, não sendo necessário, ao menos no que tange ao inciso I, do artigo 191, do Código Penal Militar, de que a deserção coletiva venha a se concretizar, destarte, apenas o acordo ou discussão sobre a prática delitiva já tem o condão de prejudicar o serviço e o dever militares.

Por seu turno, o inciso II, do supramencionado artigo, a deserção coletiva efetivamente ocorre. Nessa hipótese, ter-se-á o período de graça ou afastamento ilícito, consumando o crime somente quando transcorridos mais de 8 (oito) dias de ausência. Todavia, não diz respeito à ausência de apenas um militar, que por si constituiu uma ação que merece o reparo do Estado, em desfavor do desertor, que preteriu seu compromisso para com a Pátria, sem justo motivo, mas de um grupo de militares, a bem dizer de uma coletividade, que por razões diversas, enfraqueceu as fileiras de sua Unidade Militar.

Enio Luiz Rossetto (2012, p. 596) aponta que a modalidade descrita no inciso I, do artigo em estudo, consuma-se com o simples concerto entre os militares para a prática da deserção, não sendo necessário, como anteriormente citado, a produção de qualquer resultado.

O crime em questão se aperfeiçoará, apenas e tão somente, com o concerto para a ação delitiva, alcançando, pois, os atos preparatórios. Não havendo, nessa situação, a possibilidade de tentativa, todavia, na eventualidade de ocorrência prescrita pelo inciso II, do mesmo artigo, “consume-se o crime com a produção do resultado, a deserção em quaisquer de suas formas.”

Cabe refletir, também, na hipótese dos militares praticarem o crime, ou seja, num primeiro momento virem a concertar sobre a consecução do delito e, num segundo, cometerem a deserção, responderiam esses em concurso material ou formal de delitos?

Entendem Cícero Neves e Marcello Streifinger (2014, p. 973) que “além do delito de concerto para deserção, responderão pelo de deserção em si, em concurso material de delitos. Caso apenas um dos militares ajustados deserte, contudo, não ocorrerá a hipótese do inciso II, mas a do inciso I”.

Asseveram os autores acima, que se todos os militares que concertaram para a deserção virem a, efetivamente, praticar o delito, ocorrerá um concurso delitivo material, ou seja, os agentes, mediante mais de uma ação ou omissão, praticarão dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicando-se, cumulativamente, as penas privativas de liberdade, sejam

esses do concerto para deserção e a deserção propriamente dita, se apenas um militar desertar, não ocorrerá o concerto para deserção.

Compreende-se a posição dos autores, todavia, a que se considerar, por entender que a situação melhor se enquadra na hipótese de crime continuado, conforme preceituado pelo artigo 71, do Código Penal brasileiro.⁴⁹

Ainda que, apenas um militar venha a desertar, por se tratar de crime formal, face ao princípio da concussão, o concerto para deserção constituirá o meio necessário ou etapa de preparação para a consecução da deserção, sendo assim, na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação ao gênero e a espécie, mas em face do continente e do conteúdo.

Ainda que apenas um militar venha a desertar após o concerto coletivo, ter-se-á o crime continuado para o agente desertor e, para os demais, compreender-se-á a figura típica descrita pelo inciso I, do artigo 191, do Código Penal Militar, onde a deserção não chega a consumir-se, mas ocorreu o concerto entre militares, pelo menos, no caso, entre dois combatentes, para a prática do delito.

b. Do favorecimento a desertor

Na sequência, encontra-se a figura do favorecimento a desertor descrito pelo artigo 193, do Código Penal Militar. Segundo esse tipo penal, o agente dá guarida ao desertor, possibilitando ou auxiliando o transporte do militar, oferecendo até mesmo os meios para sua ocultação, todavia, deve ter ciência ou ter razão para saber da situação ilícita que acoberta, por fim, pode o agente tomar, indevidamente, o desertor a seu serviço.

Guilherme Nucci (2014, p. 288 e 289) entende que a expressão asilo é exagerada, uma vez que a concessão de asilo pressupõe algum tipo de perseguição injusta e, que esse não seria o caso. Segundo o autor, a permanência do militar na Organização Militar em que está lotado nada mais é do que dever, destarte, se alguém lhe ajuda, não está dando asilo no sentido do termo, pelo contrário, estaria participando de um delito.

⁴⁹ Configura o crime continuado, nos termos do artigo 71, do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal brasileiro, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

As demais hipóteses representariam colocar o desertor para trabalhar sob seu comando – tomá-lo a seu serviço, oferecer condição favorável para que obtenha transporte – proporcionar ou facilitar, ou fornecer esconderijo - meio de ocultação.

Configura um autêntico crime de favorecimento pessoal à figura do desertor, tanto que se não houvesse essa figura específica, quem assim agisse responderia como partícipe do delito de deserção.

Concorda-se, em parte, com o autor quando assevera que a expressão asilo é utilizada equivocadamente ou deslocada do seu sentido jurídico, todavia, como se pode compreender o termo asilo não foi empregado nessa dimensão legal, mas, no sentido de lhe acolher em sua residência, em seu comércio, em Unidade Militar que esteja sob sua responsabilidade.

Em outras palavras, em local público ou privado, onde possa ou deva compartilhar o mesmo espaço físico, diferente da ocultação ou esconderijo, compreendendo local distinto da coabitação, portanto, sem o convívio direto, nessa situação, o agente, ou seja aquele que dá asilo ao desertor pode ser tanto civil como militar, sem que com isso afete a figura delitiva.

A facilitação ou fornecimento de transporte poder-se-ia considerar como um meio ou auxílio à ocultação propriamente dita, pelo menos, no sentido de auxiliar o desertor a esquivar-se das autoridades competentes, sejam essas militares ou judiciais, até chegar ao esconderijo ou local de difícil descoberta.

Na hipótese do auxílio no transporte do desertor, entende-se existir duas possibilidades. A primeira, quando o militar está preso em determinada Organização Militar, à disposição da justiça, em razão de ter se apresentado voluntariamente ou sido capturado em face de deserção praticada, ou mesmo, tendo sido concedida a menagem pelo Juiz-Auditor⁵⁰. A segunda, o desertor está na situação de trânsfuga, ou seja, em situação de flagrância, tendo

⁵⁰ Nos termos do artigo 453, do Decreto-Lei nº 1.002/69, Código de Processo Penal Militar, o desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo. (...) O benefício da menagem, segundo o que prescreve o artigo. 263, da lei adjetiva castrense, poderá ser concedida pelo juiz, nos crimes cujo máximo da pena privativa da liberdade não exceda a quatro anos, tendo-se, porém, em atenção a natureza do crime e os antecedentes do acusado. A menagem a militar, conforme o artigo 264, do mesmo Código, poderá efetuar-se no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando, ou, atendido o seu posto ou graduação, em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar. Por sua vez, a menagem a civil, será no lugar da sede do juízo, ou em lugar sujeito à administração militar, se assim o entender necessário a autoridade que a conceder.

praticado a deserção, destarte, deixado de se apresentar na Unidade Militar em que serve ou no local que deva permanecer.

O transporte pode ser no sentido de retirar o militar de dentro do Quartel ou para permanecer se esquivando da responsabilidade de responder, enquanto não ocorrer à prescrição especial.

A expressão “tomá-lo a seu serviço”, descrita no artigo em análise, ensina Jorge Cesar de Assis (2014, p. 588) que, “tem o significado de empregá-lo, em estabelecimento comercial do agente ou na casa deste como doméstico”, uma modalidade de asilo mediante a prestação de serviço.

Não podendo ser interpretado, como se fosse acolhido por outro Comandante ou superior hierárquico que dirige ou serve em Organização Militar distinta da que o militar desertou, pois seria, em relação ao agente que toma a serviço, uma atitude em total e absoluta (des)sintonia aos valores que são referendados pelos membros das Forças Armadas.

O artigo em comento dispõe de um parágrafo único, que retrata a hipótese do agente ser ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, ficando, nesse caso, isento de pena, consubstancia-se, por verdadeira escusa absolutória, que em face de política criminal se pretendeu privilegiar o sentimento de unidade familiar, em detrimento do serviço e dever militares.

c. Da omissão de oficial

O último delito relacionado à deserção encontra-se descrito pelo artigo 194, do Código Penal Militar, delito propriamente militar, ou seja, só pode ser praticado por militar na situação de oficial, reza o artigo que, se o oficial deixar de proceder contra desertor, sabendo ou devendo saber encontrar-se entre os seus comandados pratica o delito de omissão de oficial.

Célio Lobão (2006, p. 351) ensina que constitui delito de favorecimento pessoal, exigindo a condição especial do sujeito ativo, qual seja, oficial na função de Comandante, pressupondo a qualidade de militar do agente.

É possível conceber, também, que o agente, ficaria adstrito apenas à figura do Comandante da Organização Militar, ao qual o desertor esteja subordinado, se assim fosse, estar-se-ia frente a uma isenção injusta, em face da prática delituosa.

Em hipótese, verifica-se que em determinada Unidade Militar composta por uma centena de dezenas de combatentes, seria humanamente impossível, ao Comandante, ter o controle da presença, bem como dos aspectos administrativos e disciplinares de todos os seus comandados.

Não é possível entender que só o Comandante possa ser enquadrado na infração penal em epígrafe. Se assim fosse estaria a privilegiar, indevidamente, os demais oficiais lotados na Organização Militar que o desertor ocupa.

Quer se dizer, por exemplo, que dentro de uma Unidade Militar do Exército Brasileiro denominada de Batalhão existem várias Companhias que a compõe, entre 3 (três) a 5 (cinco) ao total. Por sua vez, dentro de um Navio da Marinha existem vários Departamentos, como o Departamento de Intendência ou o Departamento de Máquinas.

Sendo assim, cada Companhia ou cada Departamento possuirá um oficial que lhe é responsável, destarte, se o oficial Comandante da Companhia ou Encarregado do Departamento, deixar de comunicar seu Comandante estará incurso como autor do delito prescrito pelo artigo 194 do Código Penal Militar.

Limitar o autor da omissão de oficial, apenas à figura do Comandante da Organização Militar é dar azo à impunidade, portanto, significa estar em desalinho com a essência legal expressa pelo mandamento penal militar.

A seguir será apresentado e analisado o relatório estatístico elaborado nos anos de 2013 e 2014, pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União, do Superior Tribunal Militar, que traz uma visão acurada sobre a incidência criminal no âmbito das Forças Armadas ao longo de doze anos, em especial, dar-se-á ênfase ao objeto de estudo deste trabalho, o delito de deserção.

3. DA DESERÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

O Superior Tribunal Militar por intermédio de seu Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União (PCCRIM: 2015, vol. 1, p. 12), criado no ano de 2009, realizou uma pesquisa de cunho institucional, com o escopo de dimensionar tanto a quantidade como quais tem sido as condutas criminosas de maior incidência, colocadas sob a apreciação judicial das Auditorias Militares espalhadas pelo Brasil, bem como pelo próprio Tribunal Militar.

Esse trabalho estatístico buscou delinear o comportamento das infrações penais “de modo a permitir ao STM compreender a ocorrência dos fenômenos estudados e adotar medidas no sentido de colaborar com as Forças Armadas na melhor compreensão das incidências penais e da tipologia desses crimes” (PCCRIM: 2015, vol. 1, p. 12).

O trabalho de pesquisa está constituído por 7 (sete) volumes, sendo os 6 (seis) primeiros referentes aos resultados da pesquisa e o sétimo volume congrega os documentos administrativos gerados no decorrer do trabalho.

O conteúdo dos volumes está dividido da seguinte maneira: Volume 1 – Projeto de Pesquisa; Volume 2 – Relatório da 1ª Fase da Pesquisa – Estudo estatístico do SAM Relatório da 1ª Fase da Pesquisa – Relatório complementar Sugestões de melhorias do SAM; Volume 3 – Relatório da 2ª Fase da Pesquisa – DESERÇÃO; Volume 4 – Relatório da 2ª Fase da Pesquisa – ESTELIONATO; Volume 5 – Relatório da 2ª Fase da Pesquisa – FURTO; Volume 6 – Relatório da 2ª Fase da Pesquisa – ENTORPECENTES e Volume 7 – Memorial (coletânea de documentos administrativos).

Antes de entrar, propriamente, na análise dos relatórios em específico no que tange ao delito de deserção, indaga-se como e em que medida a Justiça Militar da União, representada pelo Centro de Estudos Judiciários, poderia melhorar a compreensão das Forças Armadas, quando o assunto tratado pertence ao universo criminal inserido, justamente, no âmbito militar.

Seria possível indicar, por um lado, os delitos de maior incidência e, portanto, apontar as possíveis causas geradoras e *ipso facto* permitir a adoção de medidas proativas de correção institucional? Por outro lado, pode esse trabalho ser recebido pelas Forças Armadas como um modelo jurídico-institucional, frente à tradição comportamental construída em anos de existência institucional?

Acredita-se que as respostas às 2 (duas) indagações elencadas são positivas, ante a necessidade e a relevância do propósito de ser conduzido por um órgão especializado no tema. Por sua vez, externo à consecução diagnóstica do problema, permitindo uma compreensão além dos contornos intrínsecos institucionais dos Comandos Militares, sobrepondo-se assim, além da visão sistêmica da vida castrense.

Todavia, entende-se que, muito embora os ideais entre a Justiça Militar da União e os Comandos Militares estejam alinhados, no sentido de permitir uma regularidade funcional das Forças Armadas, de modo a atender com efetividade os interesses nacionais, mesmo sendo a Justiça Castrense Federal uma grande parceira, não se pode deixar de considerar que há uma apreciável ponte conceitual que separam o Poder Judiciário Militar das Corporações Militares.

Não poderia ser diferente, tendo em vista que a primeira tem por missão a distribuição da justiça no âmbito militar, amparada pelos cânones constitucionais e pelos princípios estatuídos pelo Direito Penal e Processual Penal Militar. Por seu turno, a segunda, embora permeie suas atividades na fiel observância das leis em vigor, está focada na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e, por fim, na preservação da lei e da ordem nacional.

Assevera-se, portanto, a importância da participação de operadores do direito, sejam esses civis e/ou militares. Todavia, na hipótese de civis que esses sejam lotados Organizações Militares, inseridos no dia a dia das Forças Militares para que possam compreender, verdadeiramente, a dinâmica castrense e suas reais dificuldades na lida com seus membros. Assim, o apoio jurídico não virá de profissionais lotados em setores distintos das Forças Armadas que limitem a compreensão do problema apenas pelo veio teórico.

As Forças Armadas contam em seus efetivos, com Quadros compostos de oficiais e de praças, que além da formação militar propriamente dita, também são Bacharéis em Direito. Cita-se como exemplo o Quadro Técnico do Corpo Auxiliar da Marinha do Brasil⁵¹ que é

⁵¹ O artigo 7º, da Lei nº 9.519/97, dispõe que os Oficiais do Corpo Auxiliar da Marinha exercerão cargos técnico-administrativos que visem às atividades de apoio técnico e às atividades gerenciais e administrativas em geral. Nos termos do § 1º, do mencionado artigo, os Oficiais do Quadro Técnico e do Quadro de Capelães Navais são ordenados em uma escala hierárquica constituída pelos postos de Primeiro-Tenente a Capitão-de-Mar-e-Guerra, e dos Quadros Auxiliares da Armada e de Fuzileiros Navais, pelos postos de Segundo-Tenente a Capitão-Tenente. Por sua vez, capitula o § 2º que ingressarão no Quadro Técnico os candidatos civis e militares graduados nas habilitações requeridas pelo Serviço Naval, aprovados em processo seletivo, Curso de Formação e Estágio de Aplicação de Oficiais e, por transferência, após seleção pela Comissão de Promoções de Oficiais, os Capitães-Tenentes dos Quadros Auxiliares da Armada e de Fuzileiros Navais, com curso superior, e os Capitães-Tenentes dos Quadros Complementares.

constituído por vários profissionais formados em diversas áreas do conhecimento humano, entre essas o Direito, visando preencher as lacunas e as necessidades das Forças Armadas quando o assunto vai além da atuação propriamente militar.

Sem a participação dos aludidos profissionais, verdadeiros elos e intérpretes das linguagens institucional, militar e jurídica, o profícuo trabalho do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União poder-se-ia limitar apenas às raias da estatística e dos conceitos gerais do Direito Penal Militar.

Longe de apenas quantificar o problema o escopo principal do trabalho concebido pela Justiça Militar da União compreende, *a priori*, apontar quais são os fatores motivadores com o intuito precípua de poder colaborar com a diminuição da incidência desses crimes no interior dos Quartéis ou em atividades ligadas às Forças Armadas.

Nessa ordem de ideias o Centro de Estudos Judiciários (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 1, p. 12) apresentou 14 (quatorze) objetivos incidentes à perseguir com a realização do trabalho estatístico, sendo esses:

- (i) conhecer o perfil do réu, especialmente a idade e a época do serviço militar em que o crime foi cometido;
 - (ii) identificar os crimes de maior incidência na Justiça Militar da União;
 - (iii) identificar os fatores que têm levados a delinquência;
 - (iv) mapear os crimes por localidades geográficas;
 - (v) verificar as Auditorias que recebem a maior quantidade de processos;
 - (vi) verificar se existe alguma relação entre os tipos penais e os tipos de organização militar;
 - (vii) estudar as possíveis tendências de crescimento dos crimes em geral e dos crimes de maior incidência, por Força Armada;
 - (viii) analisar se a ocorrência dos crimes tem prevalência em alguma Força Armada;
 - (ix) identificar as alegações dos réus e os desfechos dos processos;
 - (x) identificar o tempo decorrido entre a atuação na auditoria e o julgamento;
 - (xi) verificar a atuação das Forças Armadas na prevenção de maior incidência;
 - (xii) verificar um eventual aumento da reincidência do crime de deserção nos últimos anos;
-

(xiii) identificar o percentual de desertores que foram licenciados antes do julgamento;
e

(xiv) identificar os tipos de drogas ilícitas mais consumidas ou traficadas pelos acusados.

Para o propósito a que se destina o presente trabalho, a análise do documento estatístico será delimitada aos seguintes elementos:

(i) conhecer o perfil do réu, especialmente a idade e a época do serviço militar em que o crime foi cometido;

(ii) identificar os crimes de maior incidência na Justiça Militar da União;

(iii) identificar os fatores que têm levados a delinquência;

(ix) identificar as alegações dos réus e os desfechos dos processos;

(x) identificar o tempo decorrido entre a atuação na auditoria e o julgamento;

(xii) verificar um eventual aumento da reincidência do crime de deserção nos últimos anos; e

(xiii) identificar o percentual de desertores que foram licenciados antes do julgamento.

Além dos itens acima elencados, a análise do relatório será dirigida, de modo especial, em verificar a quantidade de casos de deserção apreciados pela Justiça Militar da União no período. Em especial, averiguar a relação entre a quantidade de denúncias oferecidas em desfavor aos desertores e o número de efetivas condenações, passando pelo quantitativo de arquivamentos dos processos seja pela prescrição, pela ausência de procedibilidade, bem como por outro motivo singular.

Embora o escopo deste trabalho esteja direcionado aos casos de deserção, serão citados alguns outros delitos, apenas com o intuito de demonstrar, categórica e comparativamente, que a deserção é o delito de maior incidência no âmbito militar.

Averiguando os dados do relatório da 1ª fase de pesquisa, bem como o seu respectivo relatório complementar, inicialmente, contata-se que a pesquisa institucional foi conduzida, num primeiro momento, para analisar os dados do Sistema de Acompanhamento de Processos da Justiça Militar da União - SAM, no período de 2002 a 2012.

Todavia, em razão de algumas alterações no cronograma da pesquisa, foram incluídos os dados referentes ao ano de 2013 e ao 1º semestre de 2014, com o fito de complementar os resultados obtidos anteriormente. Nesse diapasão, a pesquisa buscou abranger 12 (doze) anos

de atividade judicial, levadas a cabo nas diversas Auditorias Militares espalhadas pelo território nacional, bem como no próprio Superior Tribunal Militar.

Foi adotado, no referido trabalho estatístico, a pesquisa descritiva, tendo como objetivo a exposição das características de determinada população ou fenômeno por meio, de variáveis coletadas, seja na forma de questionário ou por meio de banco de dados.

A pesquisa foi dividida em 3 (três) fases, sendo a primeira, na análise estatística a partir de dados disponibilizados pela Secretaria Judiciária do Superior Tribunal Militar e pela Auditoria de Correição. A segunda fase se consubstanciou pela realização de uma pesquisa junto às Auditorias Militares, por amostragem, com o objetivo de coletar os dados contidos nos processos. A última fase consistiu em uma consulta junto as Forças Armadas, com o intuito de coletar informações complementares sobre diretrizes e atuações de cada um dos Comandos Militares, relativos ao assunto em questão.

Após a apresentação desse preâmbulo, inicia-se a apreensão e análise dos dados da pesquisa, como anteriormente referido, com foco nos aspectos relacionados à deserção.

3.1 Dos dados de atuação do sistema de justiça sobre a deserção na JMU

O estudo demonstrou que no período entre os anos de 2002 a 2012, a Justiça Militar da União autuou 12.711 (doze mil setecentos e onze) processos sendo que desses 90% (noventa) por cento, já se encontravam finalizados em 2013 restando, portanto, apenas 1.271 (um mil duzentos e setenta e um) processos em andamento considerando o período em análise.

Há que ser sopesado, ainda, que o total de crimes denunciados difere do montante dos processos autuados, compreendendo esse um total de 18.954 (dezoito mil novecentos e cinquenta e quatro) ocorrendo, portanto, uma diferença de aproximadamente 50% (cinquenta) por cento, a maior (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 27 e 33).

O período médio de duração entre a autuação dos inquéritos policiais militares ou das instruções provisórias e o julgamento dos processos nas Auditorias Militares compreendeu em média 10 (dez) meses de duração (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 31).

Percebe-se que o trabalho estatístico não considerou a duração dos processos levados em grau de recurso às Segunda e Terceira Instâncias - Superior Tribunal Militar e Supremo Tribunal Federal – e isso constitui dado relevante à condução deste trabalho. Segundo o Sistema Garantista propugnado por Luigi Ferrajoli (2014) existe a premente necessidade de

que a aplicação da sanção ocorra mais próxima possível da data da infração, de modo a permitir que o agente e a sociedade possam compreender a conexão entre pena aplicada pelo Estado e ato infracional.

Considerando o alto grau de rotatividade no efetivo dos Quartéis, em especial, dos militares que estão prestando o serviço militar obrigatório de 12 (doze) meses, o tempo de duração do processo na Justiça Militar da União, ainda que se considere apenas o tempo médio de 10 (dez) meses - que na prática se torna muito maior devido aos recursos - não tem o condão de permitir a conexão cognitiva entre desvio de conduta e a punição propriamente dita.

O delito de maior incidência apontado pela pesquisa, entre os anos de 2002 a 2012, foi o de deserção perfazendo um total de 4.720 (quatro mil setecentos e vinte) casos, o que representa um percentual próximo de 25% (vinte e cinco) por cento, em relação a todos os delitos autuados no período.

No entanto, o que mais chama a atenção, em relação aos casos de deserção, é que o percentual apresentado alcança o patamar de aproximadamente 50% (cinquenta) por cento, em relação aos 3 (três) delitos, após a deserção, de maior incidência na Justiça Militar da União, sendo esses o estelionato, o furto e o tráfico de substância entorpecente (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 33).

O quantitativo de deserções praticadas ao longo de quase 12 (doze) anos constatadas pela pesquisa institucional foi um dos fatores que estimularam a realização do presente trabalho, mas não o principal deles como já explicitado.

Além do número exponencial demonstrado levanta-se também o foco sobre o quantitativo dos casos que, efetivamente, ocorreram o julgamento na Justiça Militar da União, buscando verificar quais foram as causas de extinção do feito antes do julgamento do mérito e o quantitativo de efetivas condenações.

Sendo assim, na análise dos dados estatísticos constata-se que 39% (trinta e nove) por cento das deserções denunciadas têm seus envolvidos isentos de processo por falta de procedibilidade ou apresentam a punibilidade extinta, o que representa o número de 1.840 (mil oitocentos e quarenta) casos de processos arquivados, sem julgamento do mérito.

No tocante ao percentual acima referendado, cujos desertores foram isentos do processo ou tenha ocorrido a extinção da punibilidade, referem-se de casos cujo desertores,

licenciados do serviço ativo em razão do delito, não foram considerados aptos para o reingresso ao serviço ativo.

Portanto, não foram reincluídos à Força Armada a qual pertenciam, deixando de atender a condição de procedibilidade exigida no processo de deserção. Já a prescrição da pretensão punitiva do Estado se deu pelo decurso de tempo. O percentual de desertores que foram, efetivamente, condenados, com ou sem *sursis*, representa apenas o índice de 12% (doze) por cento, do total de casos denunciados.

Ressalta-se, ainda, que fazendo uma comparação com os delitos de maior incidência na Justiça Militar da União – estelionato, furto e posse de entorpecente -, a deserção constitui o delito que apresenta o menor percentual de condenação em relação aos demais.

Por fim, verifica-se que o percentual de absolvição, para o delito de deserção, no período apurado foi de 42% (quarenta e dois) por cento (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 40). Em síntese, dos 4.720 (quatro mil setecentos e vinte) casos de deserção, apenas em 567 (quinhentos e sessenta e sete) processos ocorreram um decreto condenatório.

A questão que se procura destacar, na análise do trabalho estatístico, não pode se limitar apenas ao número de condenações em si. O mote da problemática é apontar, em especial, a quantidade de casos de deserção que deixaram de ser apreciados pela Justiça Castrense seja pela falta de procedibilidade ou pela prescrição, levantando as seguintes questões:

(i) será que se a deserção fosse tratada como infração disciplinar, como tantas outras legalmente previstas e apuradas no seio das Forças Armadas, os casos de inaptidão ao serviço ativo ou seja de falta de procedibilidade para a ação judicial, não teriam sido resolvidos de forma expedida, dando uma resposta ao caso, sem que com isso deixasse de se observar os ditames legais e processuais, economizando, em sentido amplo, tempo e recursos da administração pública?

(ii) tendo em vista a sumariedade do procedimento disciplinar, sem se afastar da legalidade, dos cânones constitucionais da ampla defesa e do contraditório, os casos de prescrição da pretensão punitiva, acima elencados, não teriam sido apreciados dentro do prazo legal, a fim de que permitisse ao Estado emitir sua valoração sobre o mérito, dando assim uma solução justa para as Forças Armadas, para a sociedade e para o acusado?

(iii) em relação aos casos de absolvição e condenação, onde o mérito da questão já havia sido apreciado por um Escabinato, colegiado de militares e civis, na Primeira e na

Segunda Instâncias, não poderiam esses terem sido apreciados internamente, por órgão especializado, dentro das Forças Armadas, tendo em vista que já na Justiça Militar da União as deserções são julgadas por seus oficiais? e

(iv) sendo assim, tendo em vista que as Forças Armadas já exercem o papel de autoridade policial judiciária na apuração das deserções, como dos demais delitos relacionados com a atividade militar, não seria possível que as mesmas apreciassem o mérito dos casos de deserção dando uma resposta ao fato, tendo em vista a experiência e a vivência profissional já desposadas com a Justiça Castrense, a ética e os valores severamente observados por seus membros e, hoje, por contar com profissionais militares de carreira e temporários formados em Direito que poderiam auxiliar no viés jurídico do julgamento da deserção?

Essas são algumas das perquirições que são levantadas ao longo deste trabalho, procurando respostas que permitam dar sustentabilidade à conclusão final que se espera obter, qual seja, se é ou não possível ou viável encarar a deserção como infração disciplinar.

Com referência, ainda, ao delito de deserção, cabe ressaltar um dado de extrema relevância, pois o número de deserções se apresenta, ainda maior, do que o já constatado pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União. Muito embora as deserções tenham sido praticadas, em relação às Instruções Provisórias de Deserção constantes na base de dados da Justiça Militar da União, os respectivos processos não foram autuados em face dos envolvidos ainda estarem desaparecidos.

Existem 2.366 (duas mil trezentas e sessenta e seis) deserções que ainda não haviam se tornado processo, na data de referência da pesquisa. Destarte, se todos os crimes de Deserção fossem autuados e processados, ao invés de 4.720 (quatro mil setecentos e vinte) crimes considerados na pesquisa, seriam contemplados 5.883 (cinco mil oitocentos e oitenta e três) casos, passando a representar um percentual de 30% (trinta por cento) de todos os crimes denunciados entre os anos de 2002 e 2012 (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 61).

Como outrora mencionado, em função de algumas alterações no cronograma da pesquisa institucional em apreço, foram acrescentados os dados referentes ao ano de 2013 e ao 1º semestre de 2014, com o fito de aprimorar os resultados até então obtidos.

O montante de processos autuados nesse período compreende o total de 1.849 (mil oitocentos e quarenta e nove).

No que diz respeito ao relatório complementar, o delito de deserção continua apresentando o maior índice de ocorrência em relação aos demais delitos praticados, correspondendo um total de 28% (vinte e oito) por cento do total, ou seja, 518 (quinhentas e dezoito) deserções (PCCRIM: 2015, fase complementar, vol. 2, p. 14).

Considerando o período completo, ou seja, do ano de 2002 até o primeiro semestre de 2014 existiam 2.384 (duas mil trezentas e oitenta e quatro) deserções que ainda não haviam se tornado processo, em razão dos desertores estarem na situação de trânsfuga, sendo que destes 278 (duzentos e setenta e oito) são referentes ao ano de 2013 e 162 (cento e sessenta e dois) ao ano de 2014.

No caso, portanto, se todas as deserções praticadas entre o ano de 2013 e 1º semestre de 2014 fossem autuadas, o total de deserções subiria de 518 (quinhentas e dezoito) para 958 (novecentos e cinquenta e oito) deserções, passando a representar aproximadamente 52% (cinquenta e dois) por cento do total de delitos denunciados no período.

Do montante das deserções, 18% (dezoito) por cento, dos denunciados têm seus envolvidos isentos de processo ou decretada a extinção da punibilidade, sendo que o percentual de absolvição representou a cifra de 31% (trinta e um) por cento.

3.2 Dos possíveis fatores motivacionais da pratica da deserção

Um dado que chama a atenção diz respeito ao ano de 2005, onde foi observado que ocorreu um aumento de 98% (noventa e oito) por cento, em relação às deserções ocorridas no ano anterior, no entanto, mantendo a média do índice nos anos posteriores.

Segundo a estatística em epígrafe, o aumento do número de deserções no ano de 2005 pode estar relacionado:

[...] com a remuneração dos recrutas, que em maio de 2004 era de R\$ 153,00, enquanto o salário mínimo nacional era de R\$ 260,00. A remuneração do recruta só se aproximou do valor do salário mínimo em março de 2008, quando este valia R\$ 417,00 e o recruta recebia R\$ 415,00. Entretanto isto parece não ter refletido diretamente na redução do número de deserções. Outra hipótese para o aumento das deserções se relaciona com a criação do Projeto Soldado Cidadão, em 2004. É possível que muitos recrutas incorporem às Forças com o desejo de realizar cursos oferecidos pelo Projeto, desertando quando percebem que sua expectativa não será atendida. Todavia, as limitações da presente pesquisa não permitem apontar as causas do aumento do número de deserções. As hipóteses levantadas são apenas

ideias de caminhos que podem ser investigados futuramente. (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 62).

É importante frisar, nesse ponto, que a colocação acima, atinente à remuneração dos recrutas não é fruto de realização de questionários, de grupos focais ou de entrevistas constituindo uma ilação por parte dos responsáveis pela elaboração do relatório da pesquisa. Para o que se propõe esse trabalho, a falta de precisão de informação quanto aos motivos pelos quais os militares, efetivamente, desertaram constitui uma sensível lacuna.

Luigi Ferrajoli (2014) muito bem assevera que nenhum desvio de conduta poderia ser punido, sem antes ser considerado o elemento subjetivo ou psicológico do ato praticado. Destarte, deve ser afastada a punição se o ato praticado não for intencional e se o agente não for capaz de compreender e de querer, verdadeiramente, atingir o bem juridicamente tutelado.

Na hipótese da deserção, se a pesquisa houvesse levantado esse tipo de informação, seria possível definir com precisão as razões que levaram o militar a praticar tal infração. A princípio, torna-se difícil acreditar, pelo perfil jovem do desertor, que agiu com a franca compreensão e o desejo dirigido de lesionar o dever e o serviços militares – bens juridicamente tutelados pelo tipo penal em epígrafe –, pelo contrário, a razão e a experiência levam, ainda que também por inferência, que as ações praticadas são fruto da imaturidade e da incompreensão do seu compromisso com as Forças Armadas.

No âmbito de cada Força Armada, a pesquisa institucional demonstra que o crime de deserção corresponde a 40% (quarenta) por cento, do total de crimes cometidos pelos militares pertencentes ao Exército Brasileiro, por sua vez, em relação a Marinha do Brasil e a Força Aérea Brasileira, os percentuais são de 25% (vinte e cinco) por cento e 20% (vinte) por cento, respectivamente, indicando, portanto, que o maior índice da prática desse delito é na Força Armada terrestre (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 37).

A razão da maior incidência de deserções no Exército Brasileiro não está relacionada a algum aspecto organizacional específico daquela Força Terrestre, mas sim associado ao efetivo de militares existentes em cada Comando Militar.

Segundo um estudo apresentado pela revista eletrônica *Military Power Review* (2016), levando em consideração os anos de 2014 e 2015, o Exército Brasileiro à época contava com um efetivo de 180.000 (cento e oitenta mil) militares, seguido da Força Aérea Brasileira com 68.000 (sessenta e oito mil) militares e da Marinha do Brasil com 57.000 (cinquenta e sete mil) militares.

O círculo hierárquico formado por cabos, soldados e taifeiros é o responsável por 53% (cinquenta e três) por cento do total dos crimes denunciados, 14% (quatorze) por cento, referem-se a Civis, 11% (onze) por cento, a subtenentes, suboficiais e sargentos e 6% (seis) por cento, a oficiais, não sendo, pois, possível identificar o posto ou graduação de 16% (dezesseis) por cento dos denunciados.

Em relação ao delito de deserção, quase a totalidade, ou seja, cerca de 90% (noventa) por cento das deserções, algo em torno de 4.250 (quatro mil duzentos e cinquenta), foram cometidas por cabos, soldados ou taifeiros, sendo que o menor índice apresentado é em relação aos oficiais que representou apenas 0,35% (zero vírgula trinta e cinco) por cento, do total dos casos, ou seja, 16 (dezesseis) deserções (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 42).

Tal comparação demonstra que o círculo de cabos, soldados e taifeiros são os responsáveis pela participação, em mais da metade, dos crimes praticados no âmbito das Forças Armadas. Todavia, quando o tema é a deserção esse círculo praticamente monopoliza a autoria dos delitos.

A maior parte dos agentes, em relação à totalidade de delitos, autuados na Justiça Militar da União, possuem o ensino médio, seguido pelos que possuem ensino fundamental. No tocante ao gênero, nota-se que 92% (noventa e dois) por cento, dos envolvidos correspondem ao sexo masculino.

Já entre os homens, a maior incidência de cometimento de crimes é entre indivíduos que possuem o ensino médio, enquanto, entre as mulheres, a incidência é maior entre pessoas que possuem o ensino superior (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 44).

Em relação à faixa etária e o estado civil, aproximadamente 60% (sessenta por cento) dos envolvidos são solteiros e 52% (cinquenta e dois) por cento dos agentes possuem entre 18 e 23 anos de idade (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 45).

Em termos de localidade, o Estado do Rio de Janeiro apresenta a maior taxa de deserção, seguido dos Estados Espírito Santo, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Acre. Constata-se, também, que a deserção está, proporcionalmente, relacionada mais às organizações militares tipo Escola, enquanto os demais delitos ligados com as Unidades Militares do tipo Base Aérea ou de Artilharia (PCCRIM: 2015, 1ª fase, vol. 2, p. 52).

A questão afeta a ligação das Escolas Militares e a prática do delito de deserção está relacionada à faixa etária do agente e também a sua não adaptação à vida na caserna.

Primeiro, porque muitos dos candidatos que ingressam nas escolas de formação militar, em sua esmagadora maioria são jovens entre 18 (dezoito) a 21 (vinte e um) anos de idade, em especial, nas escolas de formação de soldados e até mesmo nos centros de instrução de militares da reserva não remunerada, quais sejam, os cidadãos convocados à prestação do serviço militar inicial.

Segundo, porque pela baixa escolaridade e pouco ou nenhum acesso à informação, defrontam-se num ambiente diferente do que esperavam encontrar, alimentando o desejo de abandonarem o compromisso assumido, somado a tudo isso, muitos alunos deslocam-se de suas cidades natais, afastando-se de seus familiares, pesando ainda mais a falta do amparo familiar na adaptação da vida paisana para a vida militar.

Quanto às desertores, constata-se que praticamente a totalidade, ou seja, 93% (noventa e três) por cento, foi praticado por cabos, soldados e taifeiros com no máximo 24 anos de idade, solteiros, com no máximo o ensino fundamental completo, contando com não mais 1 (um) ano de serviço e desses 18% (dezoito) por centos, praticaram nova deserção, em média, cerca de 1 (um) anos após a data da primeira (PCCRIM: 2015, 2ª fase, p. 20, 24, 27 e 28).

No que diz respeito às Organizações Militares que os desertores estão lotados, o estudo demonstrou que: (i) para os militares com até 5 (cinco) anos de serviço, o maior percentual das deserções ocorre em Quartéis de Operações Especiais, Infantaria, Cavalaria ou Artilharia; e (ii) o percentual de deserção é mais homogêneo entre os diversos tipos de Organização Militar, para os militares que possuem mais de 5 (cinco) anos de caserna.

Levando em consideração, o quesito apresentação voluntária e captura, o estudo aponta que a maior parte dos desertores se apresentam voluntariamente, sendo desses 6% (seis) por cento, no dia seguinte ao da deserção, e apenas 27% (vinte e sete) por cento, necessitam ser capturados. De um modo geral, o tempo máximo que os desertores levam para se apresentar ou serem capturados gira em torno de 3 (três) meses (PCCRIM: 2015, 2ª fase complementar, p. 34 e 35).

Os processos de deserção autuados pela Justiça Militar da União têm demonstrado que, em grande maioria, há relação com o regresso voluntário do desertor. Cerca de 43% (quarenta e três) por cento, são absolvidos e 28% (vinte e oito) por cento, são condenados, levando em consideração, também, nesse somatório, os casos de extinção da punibilidade pela prescrição ou pela falta de procedibilidade, bem como, a expressiva quantidade de desertores

que se apresentam voluntariamente, entre os absolvidos do que entre os condenados (PCCRIM: 2015, 2ª fase complementar, p. 35).

A condição de retorno está associada à concessão de soltura antes de 60 (sessenta dias) após a prisão, nesses casos 60% (sessenta) por cento, foi concedida a soltura antes que fossem completados os dias de prisão retro mencionados, quando a apresentação foi voluntária, enquanto que o percentual cai para 40% (quarenta) por cento, quando se trata de militares capturados.

A concessão de soltura ocorrida antes de 60 (sessenta) dias após a prisão do militar está associada, também, à extinção do feito. Os desertores para os quais não foi concedida a soltura ocorreu a extinção do processo em 19% (dezenove) por cento, dos casos e, para aqueles para os quais foi concedida a soltura a extinção se deu em 37% (trinta e sete) por cento, dos processos (PCCRIM: 2015, 2ª fase complementar, p. 37 e 38).

As associações citadas, não significam, necessariamente, uma relação de causa e efeito, mas demonstram um grau de dependência entre elas:

Alguns testes estatísticos foram realizados para verificar se a reincidência da deserção depende de algumas variáveis consideradas na pesquisa. Verificou-se, por exemplo, que não se pode rejeitar a independência entre a reincidência e a condição de retorno do desertor. Em outras palavras, o fato de o desertor ser capturado ou apresentar-se voluntariamente não implica que ele vá ou não desertar mais uma vez.

Da mesma maneira, foi possível verificar mediante testes estatísticos que a reincidência do crime de deserção independe da concessão de soltura, sem resolução do mérito, antes de 60 dias. Isto é, o fato de o desertor ser solto ou não antes de 60 dias não implica em nova deserção.

Quando se verifica a relação entre a ocorrência de punição disciplinar por ausentar-se da OM (por menos de oito dias) antes da primeira deserção com a reincidência, o resultado é diferente. Os desertores que já foram punidos disciplinarmente reincidem proporcionalmente mais que aqueles que não cometeram tal indisciplina.

Também foi testada as hipóteses de que a reincidência independe da distância entre a OM e a residência do envolvido. Deste teste, pôde-se concluir que os desertores que habitam em localidades que distam entre 50 e 100 quilômetros da OM reincidem proporcionalmente mais que os que residem até 50 ou mais de 100 quilômetros da sua Unidade.

Ao analisar as alegações dos envolvidos, observa-se que 53% dos desertores afirmam que cometeram o delito por problemas familiares, enquanto que 40% alegam problemas financeiros, como pode se ver na Figura 18. Estas são as alegações mais comuns para quem comete este tipo de delito. (PCCRIM: 2015, 2ª fase complementar, p. 39).

Os desertores com menor tempo de serviço, no momento da deserção, tendem a alegar problemas familiares e financeiros, com mais incidência do que os desertores mais antigos. Entre os militares com mais tempo de serviço, os problemas alegados atinentes a família ou

financeiro são menos frequentes, abordando mais questões de ordem psicológica ou de saúde, ou mesmo, relacionadas à dependência química.

O nível de escolaridade e a idade dos desertores podem seguir a mesma lógica atinentes ao valor do soldo, no sentido de que, essas características não são atrativas para o mercado de trabalho formal, até mesmo por que, o desertor, não encontra condições legais para ingressar no mercado formal de trabalho, em face de sua situação irregular com o serviço militar (PCCRIM: 2015, 2ª fase complementar, p. 40).

A reincidência da deserção estaria atrelada a duas variáveis, a primeira, refere-se aos militares que foram punidos disciplinarmente por afastarem-se, por menos de 8 (oito) dias, da Organização Militar que estavam lotados antes da primeira deserção, reincidindo mais que os demais agentes. A segunda, diz respeito aos desertores que residem entre 50 (cinquenta) a 100 (cem) quilômetros do Quartel, esses reincidem mais que os outros.

Alusivo à questão da distância entre a residência dos militares e a Unidade Militar, foi sugerido pelo Centro de Estudos da Justiça Militar da União que fossem tomadas medidas preventivas, em relação aos militares que moram entre 50 (cinquenta) e 100 (cem) quilômetros, em face de que, essa distância não é perto suficiente para ir e voltar para a residência diariamente, nem longe o bastante para levar o militar a morar no Quartel.

Em relação a esse quesito, assevera-se que a alegação de problemas familiares é maior em relação aos que moram mais distantes da Organização Militar que estão lotados.

Os autores do trabalho estatístico sugerem, ainda, que “é necessário promover ações preventivas específicas contra a deserção dos recrutas, especialmente em OM operacionais, pois representam 70% (setenta) por cento dos desertores. Também deve haver ações preventivas para os que têm mais de 5 anos de serviço nas OM não operacionais.” Esta ações preventivas seriam focadas, em especial, nos problemas de saúde e psicológicos, bem como nos militares dependentes químicos, nesse sentido destaca-se:

O fato de os desertores, em sua maioria, se apresentarem voluntariamente, aliado às alegações de problemas familiares, revela que as Forças Armadas devem procurar compreender as necessidades emocionais desses jovens e quais são efetivamente os problemas que eles enfrentam, para tentar saná-los e evitar que este tipo de crime ocorra. O desertor não é necessariamente um malfeitor, embora o seu crime provoque claros e sérios danos ao serviço militar (PCCRIM: 2015, 2ª fase complementar, p. 42).

Os resultados da pesquisa reforçam a necessidade de se definir as variáveis consideradas relevantes, as quais devem constar nos processos, para permitir que estudos

dessa natureza sejam empreendidos no futuro com mais domínio. Considera-se, ainda, que o grau de instrução do desertor e o conhecimento sobre uma eventual deserção anterior, são informações que, aliadas a outras, podem ser importantes na compreensão da ocorrência do delito de deserção.

Encerrando a análise sobre os principais aspectos levantados pelo trabalho estatístico, em especial no que tange a deserção, não foi encontrado nenhum desertor do sexo feminino. Com base na análise dos dados pesquisados, é possível esboçar um perfil do militar que comete o crime de deserção: “são homens; 97% são cabos ou soldados; 80% têm entre 20 e 24 anos; 73% são solteiros; 69% têm até 1 ano de serviço; 22% têm ensino fundamental completo; 52% são da Região Sudeste e 20% da Região Sul e 82% desertaram uma única vez” (PCCRIM: 2015, 2ª fase complementar, p. 30).

Naturalmente, muitas indagações estão por serem respondidas, mas para tanto, necessário se fará um trabalho conjunto entre as próprias Forças Armadas e entre essas e a Justiça Castrense. No sentido de aprofundamento da pesquisa quanto às causas primárias que incitam às diversas práticas delitivas no seio militar, bem como um trabalho preventivo não relacionado somente a repressão legal ou atividade de cunho policial judiciária.

Mas sim em relação a uma atividade que permita aos componentes das Forças Militares terem maior compreensão do seu papel e de sua importância dentro de cada instituição, das obrigações legais que se avizinham às atividades militares e, por fim, dos direitos relacionados à figura do combatente militar. De qualquer modo, um dos aspectos importantes levantados pela pesquisa, alcança exatamente o objetivo do presente trabalho.

Inicialmente, aponta o delito de deserção como o de maior incidência no âmbito da Justiça Militar da União, o que por si só já indicaria uma necessidade real de maior compreensão sobre o tema, bem como de atividades dirigidas à mitigação do mesmo, além disso, ainda dispõe do perfil do desertor - jovens em sua totalidade.

De posse desses dados é possível conceber sobre a imprescindibilidade de se conjecturar acerca da possibilidade de transmutar a figura da deserção de delito para transgressão ou contravenção disciplinar, sob os critérios da efetividade, da celeridade, da proporcionalidade e da necessidade estrita.

3.3 Do licenciamento do desertor no curso da ação penal

Permitindo certo desvio do foco central deste trabalho, mas devido à existência de debate a nível acadêmico e jurisprudencial quanto à viabilidade ou não de se autorizar o licenciamento do militar desertor, devido o término do período destinado ao serviço militar obrigatório – 12 (doze) meses –, sob a justificativa da necessidade inafastável do agente ostentar a posição de militar da ativa até final apuração penal, faz-se necessário tecer breves considerações alusivas à questão.

Pela corrente que defende a necessidade do desertor ostentar a situação de militar da ativa até julgamento final pela Justiça Militar da União, além das condições de procedibilidade para propositura da competente ação penal militar se incluem, também, as condições de prosseguibilidade para o processamento do feito.

Justifica-se, ainda, nessa situação que se o militar for licenciado antes do encerramento do processo no âmbito da Justiça castrense, numa hipótese de futura reconvocação ao serviço ativo, a Força Armada restaria prejudicada uma vez que esse militar não encerrou seu período de instrução e de adestramento, tendo em vista que, num primeiro momento, estaria na condição de trãnsfuga e, num segundo, quando foi capturado ou se apresentou voluntariamente permaneceu preso à disposição da Justiça Militar por até 60 (sessenta) dias.

Não obstante pese o entendimento de que o desertor não possa ser licenciado antes do respectivo julgamento, pelas razões acima expostas, em percepção contrária, entende-se que o fato do desertor ser licenciado do serviço ativo, em face do encerramento do prazo do serviço militar obrigatório, em nada interfere no regular andamento da apuração penal, bem como não teria o condão de apresentar problemas em razão de uma possível reconvocação ao serviço ativo.

Inicialmente, cabe destacar que dentre as condições de procedibilidade ou de admissibilidade do processo, além do interesse de agir, da legitimidade das partes e da possibilidade jurídica do pedido, no caso da deserção, há também a aptidão para o serviço ativa verificada por intermédio da realização de criteriosa inspeção de saúde, e caso

considerado apto ao serviço militar devido sua higidez física, a respectiva reinclusão às fileiras das Forças Armadas.

O ato administrativo de reinclusão e a submissão do desertor à inspeção de saúde terão, pois o objetivo de permitir que a Administração Militar, primeiro, verificar se o desertor, por exemplo, não tenha falecido durante o período de ausência injustificada, sem que com isso ninguém tivesse tomado conhecimento, segundo visa, também, averiguar se o militar sofreu danos consideráveis à sua saúde que o tornasse incapaz, definitivamente, para o serviço militar, situações essas que poderiam impedir a instauração da ação penal militar e o seu regular prosseguimento.

A reinclusão estabelecida pelo Código de Processo Penal Militar tem por finalidade, do mesmo modo, exigir do militar sem estabilidade o cumprimento do restante do tempo de serviço militar inicial a que estaria obrigado por força da Constituição Federal e da Lei do Serviço Militar.

Atendidas as condições de procedibilidade, o processo penal militar deve ser iniciado e seguir o curso normal até o julgamento final da causa, ainda que, no decorrer do processo o desertor seja licenciado do serviço ativo das Forças Armadas, por intermédio de ato administrativo do Poder Executivo, em razão do término do serviço militar obrigatório, muitas vezes até por força de decisão judicial oriunda da Justiça Federal, por descumprimento da Força Armada quanto ao encerramento do prazo do serviço.

Há que ser considerado, portanto, que não existe na Lei 4.375, de 17 de agosto de 1964, que versa sobre a Lei do Serviço Militar, tampouco no Decreto 57.654, de 20 de janeiro de 1966, regulamentador da aludida lei, qualquer disposição que permita a prorrogação do serviço militar *ex officio*. Ao contrário, as prorrogações do serviço militar somente ocorrerão para aqueles que forem voluntários, desde que atendida à conveniência da Administração Militar.

É conveniente salientar que ao se considerar a condição de militar como requisito de prosseguibilidade da ação penal haverá afronta o Código Penal Militar quando esse dispõe em seu artigo 5º que se considera praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o do resultado. Assim, tem-se que o nosso ordenamento jurídico adotou, inclusive

no Direito Penal Militar, a Teoria da Atividade, segundo a qual se reputa praticado o delito no momento na conduta, não importando o instante do resultado.

A adoção da Teoria da Atividade serve, dentre outras coisas, para se determinar a imputabilidade do agente e se fixar as circunstâncias do tipo penal para o fim de aplicação da pena, assim, é tomando por base o momento da atividade que se chega à imputabilidade do agente.

Quando se trata do delito de deserção, a condição de militar deve ser considerada em 2 (dois) momentos específicos: primeiramente, quando da sua ausência por prazo superior a 8 (oito) dias, quando se consuma o delito e, posteriormente, após a captura ou a apresentação voluntária do desertor e a sua reinclusão ao serviço ativo da Força, depois de ser considerado apto em inspeção de saúde.

Restando caracterizado que o desertor era militar à época da consumação do delito e que tenha sido posteriormente reincluído ao serviço ativo, infere-se que a sua conduta subsumiu-se num fato tido como típico e antijurídico, não podendo haver mudança nesse cenário por acontecimentos posteriores. O fato de ter havido seu licenciamento em data posterior ao recebimento da denúncia em nada minimiza a gravidade da conduta praticada quando ainda ostentava a condição de militar.

Portanto, observa-se que a instituição da condição de militar como requisito de prosseguibilidade da ação penal não possui qualquer respaldo legislativo, pois tal condição só será exigível no momento da consumação do crime e, posteriormente, quando do início da ação penal, momento em que o desertor, após a sua captura ou apresentação voluntária, deve ser reincluído ao serviço ativo para se ver processado.

Conforme dispõe o art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar o desertor será isento do processo somente quando não puder ser reincluído ao serviço ativo por ter sido considerado incapaz após a competente inspeção de saúde. O licenciamento posterior do militar em nada poderá influenciar a conduta da deserção, ao contrário, na hipótese de se adotar essa tese, estar-se-á fortalecendo a base do regramento castrense, quais sejam, a disciplina e a hierarquia militares.

Ainda, tratando sobre as questões de procedibilidade e de prosseguibilidade, destaca-se os aspectos legais que permeiam a prorrogação do Serviço Militar, sob a justificativa da oportunidade e da conveniência verificados pela Administração Militar.

Sob essa questão cabe mencionar, inicialmente, o artigo 33, da Lei do Serviço Militar, que estabelece que o incorporado que concluir o tempo de serviço militar obrigatório poderá desde que manifeste interesse, ser concedida a prorrogação do serviço militar, por uma ou mais vezes como engajados ou reengajados, segundo a necessidade da respectiva Força Armada. Destarte, a prorrogação do serviço militar somente se viabilizará na hipótese do interessado requerer, sendo vedada a inclusão na Reserva não Remunerada antes do término do Serviço Militar inicial, mesmo que o militar tenha sido agente no delito de deserção.

Os itens 1 e 2, do § 5º e item 5, todos do artigo 140, do Regulamento da Lei do Serviço Militar prescrevem que a desincorporação do militar ocorrerá quando for considerado desertor, bem como encontrar-se em determinadas situações. Sendo assim, o desertor será desincorporado e excluído em 2 (duas) situações específicas, na primeira hipótese, quando tiver adquirido a condição de arrimo⁵² após a deserção, e depois de absolvido ou do cumprimento da pena pelo delito em epígrafe, nessa hipótese, o militar fará jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista⁵³, conforme o grau de instrução alcançado.

Na segunda, quando o militar contar com mais de 30 (trinta) anos de idade e desde que tenha sido absolvido na ação que sofre pela deserção, também nesse caso, fazendo jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, de acordo com o grau de instrução alcançado. Todavia é importante frizar que se condenado, após o cumprimento da pena

⁵² Arrimo de família é uma expressão muito utilizada na linguagem popular, significa que a pessoa é a que sustenta a família, muitas vezes sendo a única que trabalha, podendo-se dizer que constitui a tábua de salvação dos familiares.

⁵³ Nos termos dos artigos 37 e 38, da Lei do Serviço Militar, Lei nº 4.375/66, o Certificado de Alistamento Militar constitui o documento que comprova a apresentação do cidadão para a prestação do Serviço Militar inicial, fornecido gratuitamente pelas autoridades competentes e o Certificado de Reservista é o documento comprovante de inclusão do cidadão na Reserva do Exército Brasileiro, da Marinha do Brasil ou da Força Aérea Brasileira. É importante considerar, ainda, que todo brasileiro a ser incluído na Reserva, receberá gratuitamente, da autoridade militar competente, o Certificado de Reservista correspondente à respectiva categoria.

prestará o Serviço Militar inicial, na forma do parágrafo único do art. 80⁵⁴, do aludido Regulamento.

Depreende-se, portanto, que o desertor que tenha adquirido, após a deserção, a condição de arrimo e for absolvido ou que tenha cumprido a pena receberá seu respectivo Certificado de Dispensa para o caso de não ter completado o tempo de serviço, ou o Certificado de Reservista conforme o grau de instrução galgado.

Ora, a lei foi clara e inconteste, na hipótese de condenação, em determinar o cumprimento da pena pelo desertor, ainda que na condição de arrimo, diferenciando, portanto, a do militar que já se encontrava nessa condição antes do delito, sendo absolvido por estado de necessidade, com excludente de culpabilidade, nos termos do artigo 39⁵⁵ do Código Penal Militar.

Não se vislumbra que o espírito da lei tenha apresentado qualquer restrição para que a desincorporação ocorra na hipótese do desertor não desejar permanecer no serviço ativo ou, então, no caso do Comandante assim entender melhor à Unidade Militar, pelo contrário, garante-se a exclusão se constatada a condição de arrimo.

No que toca a hipótese do militar com mais de 30 (trinta) anos, o Regulamento da Lei do Serviço Militar lhe franqueia o recebimento do respectivo Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, de acordo com o grau de instrução alcançado, na hipótese de ser absolvido e, se condenado, após o cumprimento da pena, prestará o Serviço Militar Inicial.

Portanto, conclui-se que, na situação do militar (i) contar com menos de 30 (trinta) anos, (ii) não ser arrimo e (iii) ter sido absolvido ou condenado pela prática do delito de

⁵⁴ Segundo o artigo 80 do Regulamento do Serviço Militar, Decreto nº 57.654/66, quando o desertor se apresentar ou for capturado será obrigatoriamente incorporado ou reincluído, se julgado apto para o serviço militar, em inspeção de saúde, nesse caso, a incorporação ou reinclusão deverá ser efetuada, em princípio, na Organização Militar para que havia sido anteriormente designado. Todavia, segundo o parágrafo único, do mesmo artigo, o absolvido no processo e o condenado que tenham cumprido pena completará ou prestará o Serviço Militar inicial, ressalvado se for considerado arrimo ou tenha mais de 30 (trinta) anos.

⁵⁵ Segundo o artigo 39 do Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001/69, não é culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

deserção, não se preocupou o legislador em permitir a exclusão com o recebimento do respectivo certificado, seja esse de dispensa ou de reservista.

Assim, em caso de reconvocação as Forças Armadas levarão em conta o grau de instrução alcançado pelo reservista, até mesmo porque os cidadãos dispensados de incorporação⁵⁶ também poderão ser (re)convocados caso haja comprovada necessidade de mobilização militar, seja em face de ameaça à soberania nacional ou a manutenção do Estado de Direito.

No que tange ao impedimento para o licenciamento do denunciado que ainda não cumpriu o serviço militar obrigatório, deverá concluí-lo, sendo absolvido ou mesmo condenado, nos termos do que prescreve o parágrafo único, do art. 80, do Regulamento da Lei do Serviço Militar.

Não poderia ser diferente, pois consubstanciaria em um demérito àqueles militares que cumpriram sua obrigação para com a Pátria, em observância às leis e regulamentos militares, comprometidos com os preceitos castrenses, tão importantes para a manutenção da hierarquia e disciplina militares, pilares da ordem e do manejo do Serviço Militar.

Não há restrição legal, caso não exista causa impeditiva específica, para que o desertor ou o militar absolvido pela deserção cumpra o restante do Serviço Militar que ainda lhe resta, nos termos do Regulamento da Lei do Serviço Militar.

Em perfeita sintonia com o que fora até o presente momento traçado estabelece a Súmula nº 12 do Superior Tribunal Militar que prescreve que a praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a persecutio criminis, através da reinclusão ao serviço ativo. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo. A referida Súmula é pontual em exigir, unicamente, a condição de militar para a deflagração do processo penal militar, ou seja, procedibilidade da ação, silente no que tange à questão de prosseguibilidade.

A Lei do Serviço Militar e seu respectivo Regulamento, bem como o próprio Código Penal Militar e o Código de Processo Militar não fazem menção a qualquer condição de

⁵⁶ A dispensa de incorporação consiste no ato pelo qual os brasileiros são dispensados de incorporação em Organizações Militares da Ativa, tendo em vista as suas situações peculiares ou por excederem às possibilidades de incorporação existentes.

prossequibilidade para a ação penal militar após o recebimento da Denúncia, muito menos a manutenção do desertor nas fileiras da Força a que incorporou.

Relativamente ao licenciamento do militar que está sendo processado perante o Foro Comum, bem como àquele que responde a Inquérito Policial Militar ou a processo no Foro Militar, outros pontos hão de ser observados.

O artigo 144 do Regulamento da Lei do Serviço Militar dispõe que o incorporado que responde a processo no Foro Comum será apresentado à autoridade judiciária competente, permanecendo à sua disposição, recolhido em Organização Militar, no caso de prisão preventiva, não havendo interrupção do Serviço Militar. Transitada em julgado a sentença condenatória, o militar será expulso ou desincorporado e, posteriormente, entregue à autoridade competente.

Por sua vez, o art. 145 do mesmo regramento prescreve que o incorporado que responder a Inquérito Policial Militar ou a processo no Foro Militar permanecerá na sua Unidade, mesmo como excedente, não lhe sendo aplicada, enquanto durar essa situação, a interrupção do tempo de serviço.

Portanto, temos 2 (duas) hipóteses distintas, a saber: (i) Incorporado que responde a processo no Foro Comum: (a) apresentado a autoridade judiciária competente; (b) ficará a disposição do Poder Judiciário, recolhido em Organização Militar, caso esteja submetido a prisão preventiva; (c) não haverá suspensão do Serviço Militar; e (d) havendo condenação transitada em julgado, o militar será expulso ou desincorporado e entregue à autoridade judiciária competente. (ii) incorporado que responde a Inquérito Policial Militar ou processo no Foro Militar: (a) permanece na sua respectiva Organização Militar, mesmo como excedente, enquanto permanecer na situação de indiciado ou acusado; e (b) não haverá suspensão do Serviço Militar.

Baseado nesses dispositivos prevalecia o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o militar que responde a Inquérito Policial Militar ou processo na Justiça Militar da União não poderia ser excluído ou desincorporado, enquanto estivesse nessa condição.

Nesse caso, o incorporado só alcançaria o licenciamento do Serviço Ativo caso fosse absolvido ou cumprisse a sanção penal que lhe fora imposta, mesmo que já tivesse cumprido

o Serviço Militar Inicial de 12 (doze) meses, conforme preceitua o artigo 6º⁵⁷, da Lei nº 4.375/64, ratificado pelo artigo 21, *caput*, do Decreto nº 57.654/66. Tal interpretação conduz a incoerência de colocar o Poder Judiciário ao subjugo de eventual decisão de autoridade administrativa, fazendo acrescer condição de prosseguibilidade à ação penal inexistente no ordenamento processual penal militar pátrio.

Por isso, inconcebível a vinculação dos atos da Justiça Militar da União a uma decisão administrativa militar, por discricionariedade do Comandante e em inobservância ao preceituado no artigo 145 do Decreto nº 54.654/66, venha a anular a incorporação, desincorporar ou expulsar militar que esteja respondendo a Instrução Provisória de Deserção ou a processo dessa natureza na Justiça Militar da União, determinando, assim, o perecimento da ação penal.

Certo é que não cabe à Justiça Militar da União, nem mesmo à sociedade, principalmente, a castrense, absorver e sofrer com as nefastas consequências de um ato administrativo, que, por motivos diversos, mas alheios ao processo, tendo determinado o licenciamento de militar *sub judice*.

Ademais, há de se reforçar o entendimento consubstanciado no Princípio do *tempus regit actum* de que se ao tempo do crime o desertor preenchia os requisitos necessários para integrar o polo passivo da ação penal, não há porque isentá-lo do processo e, conseqüentemente, da reprimenda, por questão de prosseguibilidade estranha à legislação processual. Desse modo, decisões de cunho eminentemente administrativo não devem interferir na seara do Judiciário, sob pena de afrontosa e ilegal intervenção entre os Poderes.

Assim, indiscutível a legalidade dos dispositivos contidos no Regulamento da Lei do Serviço Militar que vedam o licenciamento dos incorporados que estejam respondendo a inquérito ou a processo perante o foro militar, contudo, eventual ato administrativo em sentido contrário não pode repercutir no processo penal a ponto de fulminá-lo. Certo é que a condição de militar da ativa consubstancia-se em condição inafastável para o oferecimento da Denúncia e para seu respectivo recebimento, não para o regular desenvolvimento e conclusão do processo.

⁵⁷ Conforme prescreve o artigo 6º da Lei do Serviço Militar, Lei nº 4.375/64, o serviço militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses. Do mesmo modo preceitua o artigo 21 do Regulamento da Lei do Serviço Militar.

Indiscutível que as condições de prosseguibilidade consubstanciam-se em medidas de política criminal adotadas pelo legislador, que não se confundem com o tipo penal e nele não interferem. Desse modo, cometido o delito por quem é detentor da condição de militar, não há que se cogitar em ilegitimidade de parte, por perda dessa qualidade, porquanto a superveniência da condição de civil do desertor em nada afeta o crime consumado.

Extinguir o processo, pelo simples fato do agente deixar a condição de militar, não apresenta qualquer nexo de inteligibilidade, nem mesmo previsão legal que o ampare. Ao contrário, seria forçar um entendimento que não condiz com a realidade jurídica em análise, além de estimular a deserção nos quartéis, em perigosíssima ofensa a um dos pilares constitucionais, primordiais à própria existência das Forças Armadas: a disciplina.

Argumenta-se, ainda, que inexistiria efeito prático na hipótese de se ter um civil condenado pelo crime de deserção, pois não traria reflexo à tropa, no aspecto da prevenção da prática de outros ilícitos da mesma natureza. Não há como concordar com esse argumento, uma vez que, permitir que o desertor deixe de responder pelos seus atos, pelo simples fato de ter deixado de ser militar atenta contra o que se espera da Justiça.

Se o desertor irá cumprir a sanção penal que lhe fora imposta sob o manto da legislação comum ou da militar não causa qualquer mácula à Justiça Militar da União e, principalmente, aos pares do infrator. Pelo contrário, permitir que o militar não seja devidamente processado, julgado e, se for o caso, condenado, pela simples razão de não ser mais militar é que deixa na comunidade militar um incomensurável sentimento de impunidade, aí sim, com reflexos nefastos à disciplina, a estimular um comportamento tão prejudicial às Forças Armadas.

Isso vem ao encontro do que é proposto neste trabalho, no sentido da percepção entre a conexão da infração praticada e a respectiva sanção aplicada. O processamento e o julgamento da deserção como infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares -, permitirá atender ao anseio da comunidade militar, para a resolução do conflito com a devida celeridade, sem que com isso se afaste ou macule os direitos e garantias individuais do desertor. Não se percebe hoje essa conexão, devido o tempo transcorrido entre a instauração da Instrução Provisória de Deserção até o julgamento final do processo, permitindo uma certa sensação de impunidade, considerando, ainda, que a massa de

desertores constitui militares do serviço militar obrigatório, que são licenciados a cada 12 (doze) meses e, também, considerando a rotatividade comum dos militares no âmbito dos Quartéis.

Voltando ao foco principal deste trabalho, o próximo capítulo buscará abordar as questões de ordem jurídica e filosófica apresentadas no primeiro capítulo, a fim de que possam dar sustentação a uma proposta de permuta da esfera de apuração. Da judicial para a administrativa, do processo judicial para o procedimento administrativo disciplinar militar.

4. DELIMITANDO A DESERÇÃO À LUZ DO MINIMALISMO GARANTISTA

No itens 2.1 a 2.3 do Capítulo 2 foram apresentadas as 3 (três) classificações essenciais, sobre a deserção, delineadas pelo Código Penal Militar, a primeira, quanto à hierarquia ou a estabilidade, a segunda, quanto ao tipo penal e, a terceira relacionada aos casos correlatos.

Na primeira classificação, quanto à hierarquia, encontra-se a deserção de oficial e da praça com ou sem estabilidade funcional, já na segunda, quanto ao tipo penal, verifica-se a deserção comum, a deserção especial e a deserção por evasão. Por fim, existem às hipóteses delitivas relacionadas à deserção, sendo essas: o concerto para deserção, a deserção por evasão ou fuga e a omissão de oficial (ALVES-MARREIROS, ROCHA e FREITAS, 2015, p. 1107).

Duplo foi o propósito de se delinear, *ab initio*, as modalidades de deserção existentes na lei substantiva castrense. O primeiro, dada a especificidade do tema, foi apresentar uma visão panorâmica do assunto, para que se pudesse constatar que a deserção apresenta um universo de peculiaridades e variações tipológicas pelos quais o estudioso e o operador de Direito deve percorrer para compreender a extensão do delito. O segundo, diz respeito, especificamente, ao propósito do estudo, qual seja, identificar e definir se a proposta de aplicação do minimalismo penal propugnada por Luigi Ferrajoli (2014) se apresenta adequada à todas as modalidades de deserção.

A deserção de oficial, da praça com ou sem estabilidade funcional, guardadas as peculiaridades processuais para cada militar - considerando o posto ou a graduação -, estão relacionadas aos tipos penais da deserção comum, balizado à modalidade padrão de deserção descrita no artigo 187, bem como nos casos assimilados descritos pelo artigo 188, ambos do Código Penal Militar, e a deserção especial delineada no artigo 190 do mesmo Código.⁵⁸

⁵⁸ O militar que se ausenta, sem a necessária licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias, nos termos do artigo 187, do Decreto-Lei nº 1.001/69, Código Penal Militar, estará sujeito à pena de detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada. Segundo o artigo 188, do mesmo *Códex*, na mesma pena incorre o militar que: I - não se apresenta no lugar designado, dentro de oito dias, findo o prazo de trânsito ou férias; II - deixa de se apresentar a autoridade competente, dentro do prazo de oito dias, contados daquele em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou em que é declarado o estado de sítio ou de guerra; III - tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do prazo de oito dias; IV - consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade. Constitui a deserção

Em primeiro lugar, a diferença entre a deserção de oficial e a da praça com ou sem estabilidade funcional atina quanto à qualidade especial do agente, ou seja, a de oficial poderia tornar mais grave à deserção, não somente pelo exemplo esperado dos oficiais em relação às praças, mas sobretudo pela rigorosa disciplina existente no cenário militar (NUCCI, 2014, p. 284).

Em termos de execução e de caracterização criminológica do delito não há diferença entre a ausência injustificada do oficial e da praça. Sendo assim, qualquer que seja a qualidade do agente que, por mais de 8 (oito) dias, se ausenta injustificadamente da Organização Militar a que esteja vinculado ou do lugar que deva permanecer, estará praticando o delito de deserção.

A lesão produzida pela ausência do oficial proporcionará, em princípio, um maior grau de instabilidade no âmbito militar, pois em termos gerenciais e operacionais se espera mais de um oficial do que de uma praça.

Longe se está de desqualificar a importância do papel da praça no contexto militar, uma vez que, não se pretende, de modo algum inferir nesse sentido. Todavia, o presente estudo tem conexão direta quanto a justificação da aplicação da sanção penal no caso da deserção, tanto em relação à lesão produzida, quanto às garantias individuais do desertor.

Primeiro, em face da inegável inflação do Direito Penal que, por assim dizer, perdeu sua conexão com o Direito Administrativo disciplinar, tornando imperativo o questionamento se a deserção de oficial deve ser mantida como delito em face da qualidade do agente. Segundo, se a deserção da praça, por teoricamente causar menor lesão, deve ser tratada como infração disciplinar - contravenção ou transgressão disciplinares.

especial, segundo o artigo 190, do Código Penal Militar, o militar que deixa de se apresentar no momento da partida do navio ou aeronave, de que é tripulante, ou do deslocamento da unidade ou força em que serve, sujeitando-se à pena de detenção, até três meses, se após a partida ou deslocamento se apresentar, dentro de vinte e quatro horas, à autoridade militar do lugar, ou, na falta desta, à autoridade policial, para ser comunicada a apresentação ao comando militar competente. Nos termos do § 1º, do retro citado artigo, se a apresentação se der dentro de prazo superior a vinte e quatro horas e não excedente a cinco dias, estará sujeito à Pena de detenção, de dois a oito meses. Agora, se a ausência for superior a cinco dias e não excedente a oito dias, nos termos do §2º, estará sujeito à pena de detenção, de três meses a um ano. § 2º. Se superior a oito dias: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Por fim, conforme prescrição expressa pelo § 3º a pena será aumentada de um terço, se se tratar de sargento, subtenente ou suboficial, e de metade, se oficial.

Como outrora consignado, tanto num como noutro caso, sendo oficial ou praça, a ausência injustificada por mais de 8 (oito) dias configura o delito de deserção, sua única diferença estaria, a princípio, pelo maior prejuízo causado por uma ou por outra.

Tal assertiva, no que tange ao prejuízo causado, tem caráter relativista, haja vista, 2 (dois) principais aspectos. O primeiro, em razão da quantidade de militares, oficiais e praças, existentes na Unidade Militar cujo desertor esteja lotado, bem como a sua localização geográfica. Já o segundo aspecto diz respeito a função ou cargo que o desertor exerce dentro da Organização Militar.

Na hipótese de escassez no quadro de militares lotados em determinada Unidade Militar, tanto a ausência do oficial como da praça produzirão um prejuízo ou desfalque maior na execução das tarefas administrativas e operativas designadas para aquela Organização Militar. Pelo contrário, se elevado for o número de militares lotados, essa ausência será suprida pela atuação de outro militar, que além de suas atribuições abarcará as do desertor, minimizando os reveses da ausência injustificada.

Como exemplo, citam-se 2 (duas) Organizações Militares singulares, a primeira, um Pelotão Especial de Fronteira do Exército Brasileiro, sediado em meio à Floresta Amazônica, na fronteira do Brasil com a Venezuela, que de modo geral, conta com um efetivo de pouco mais de 40 (quarenta) militares (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2016). A segunda, um Distrito Naval da Marinha do Brasil, situado em Brasília-DF, que em média, apresenta um efetivo de mais de 1.000 (mil) militares (COMANDO DO 7º DISTRITO NAVAL, 2016).

Além do efetivo, o exemplo acima, traz também a segunda variante a ser considerada, qual seja, a localização da Unidade Militar. Pouco se poderia fazer para minimizar o prejuízo, se a ausência do militar, oficial ou praça, se dá à quilômetros de distância da civilização, como é o caso do Pelotão Especial de Fronteira. No caso do Distrito Naval, dependendo da atividade exercida pelo militar ausente, essa poderia ser suprida pela prestação de serviços terceirizados, se a legislação assim o permitir.

No que diz respeito ao cargo ou atribuição do militar dentro da caserna, se a ausência for do próprio Comandante da Unidade Militar, o prejuízo será maior do que se a ausência fosse de um oficial subalterno - Segundo ou Primeiro Tenente, encarregado, por exemplo, do Setor de Serviços Gerais da Organização Militar.

Como se observa, o simples fato do desertor ser oficial ou praça, por si só, não é suficiente para identificar o grau de lesividade produzido pela deserção. Nessa concepção,

equivocado seria, *a priori*, diferenciar o tratamento para a deserção de oficial ou de praça, pela simples qualidade do agente.

A posição central do tema aponta em sentido contrário, qual seja, a verdadeira necessidade de aplicação do Direito Penal, ante aos Princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade, da Economia e da Subsidiariedade do Direito Penal, vinculado a necessidade de aplicação da sanção penal ao prejuízo produzido pela deserção.

Nesse interim, não se justifica a distinção de postos – oficiais -, e graduações – praças -, para a consideração da deserção como infração disciplinar - contravenção ou transgressão disciplinares.

Ao invés disso, solidifica a intencionalidade de raciocinar sobre a verdadeira possibilidade de tratar o delito como infração administrativa, tendo como fito, a solução do problema com base em critérios justos e que, principalmente, tragam efetividade na resolução da questão, sem que as garantias individuais dos desertores, ou mesmo, as garantias coletivas da comunidade militar, sejam desrespeitadas.

No que toca à deserção, quanto ao tipo penal, o Código Penal Militar apresenta um rol de deserções que se assemelham, por um lado, quanto ao critério objetivo no que tange ao período de afastamento injustificado do militar, por outro, apresenta situações específicas em que esse delito poderia ocorrer.

Os casos assimilados à deserção, delineados nos incisos I a IV do artigo 188 do Código Penal, apresentam situações e não razões pelas quais o militar pratica a deserção. Com exceção do inciso IV, no qual o militar consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade.

Ora, nesse último caso, em específico, vislumbra-se a figura de um verdadeiro estelionato por equiparação, não mais a simples e mera ausência injustificada do militar, mas o simulacro de um estado de incapacidade para se afastar, definitivamente, do serviço militar, com ou sem vínculo remuneratório com a Força Armada. Por essa razão, essa espécie de delito não se enquadra ao modelo de deserção, em tempo de paz, que pode ser considerado como objeto de estudo deste trabalho, por determinar lesão não apenas ao dever e ao serviço militar, mas também a moralidade e ao patrimônio público.

Entende-se, assim, em última análise, que essa deserção por equiparação esteja, equivocadamente, colocada como caso análogo, sendo conveniente uma (re)apreciação do delito para relocação para os crimes contra o serviço e dever militares, descritos no Título III,

para os crimes contra a administração militar, capitulados no Título VII, do Livro I, do Código Penal Militar, onde figuram os delitos de peculato, concussão, excesso de exação, desvio, corrupção, falsidade, crimes contra o dever funcional e crimes praticados por particular contra a administração militar.

Nessa medida, com exceção da hipótese descrita pelo inciso IV, do artigo 188, do Código Penal Militar, os casos assimilados à deserção, devem ser tratados em igualdade com a da deserção comum, delineada pelo *caput*, do artigo 187, do mesmo Código.

Nenhum valor ou critério residual acresce ao conceito do delito em si, apenas traz situações fáticas, como por exemplo, o militar que não se apresenta dentro de 8 (oito) dias, a contar do fim do o prazo de trânsito, férias, licença ou agregação ou, quando essas 2 (duas) últimas são cassadas em razão da declaração do Estado de Sítio ou de Guerra - essa última, tratada hoje pela Constituição Federal em vigor, como Estado de Defesa -, bem como tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do aludido prazo.

Não se apresenta diferente, também, a situação descrita pelo artigo 190, do Código Penal Militar, no caso do militar, que deixa de se apresentar no momento da partida do navio ou aeronave, de que é tripulante, ou do deslocamento da unidade ou força em que serve. A tônica da deserção especial diz respeito ao prazo de consumação do delito, que se opera no exato momento da partida do navio ou da aeronave, ou do deslocamento da unidade, diferente da deserção comum, que se opera somente quando transcorridos 8 (oito) dias de ausência injustificada.

Mais uma vez, estar-se-ia atrelando à apreciação quanto ao quesito de lesividade da prática delituosa, não pelo fato da deserção ocorrer após 8 (oito) dias de ausência ou imediatamente, após a partida do navio, aeronave ou tropa. Do mesmo modo que a análise apreendida na deserção cometida por oficial ou por praça, o simples lapso temporal não possui o condão de apontar, isoladamente, se existe a verdadeira necessidade de aplicação do Direito Penal Militar, ante aos princípios já avençados vinculando, pois a aplicação da sanção penal ao prejuízo produzido pela deserção.

Não se justificaria, então, o critério temporal para desconsiderar a deserção como infração disciplinar ou administrativa - contravenção ou transgressão disciplinares. Ao invés disso, solidifica, por mais uma vez, a intencionalidade de raciocinar sobre a verdadeira possibilidade de tratar o delito, tendo como fito, a solução do problema com base em critérios justos, legais e de efetivo caminho à solução do problema.

Em comparação, apresenta-se a hipótese por evasão ou fuga, delineada pelo artigo 192, do Código Penal Militar, quando o militar em poder de escolta, ou de recinto de detenção ou de prisão, ou logo em seguida à prática de crime foge para evitar prisão, permanecendo ausente por mais de 8 (oito) dias.

Nesse caso, necessário se faz perquirir, se o dever e serviços militares têm o mesmo valor intrínseco como objeto da tutela penal, pois o que se depreende é que a evasão tem por propósito se furtar à responsabilidade de um crime praticado, podendo esse ser a própria deserção.

Tendo como valor primordial, a presença do militar na Unidade Militar em que serve, como fonte de responsabilidades e pelo cumprimento de suas obrigações legais, surge outro paradoxo. Nesse caso, estando o militar preso à disposição da Justiça Militar ou Comum sua participação profissional estará, naturalmente, tolhida pelo seu recolhimento ao xadrez.

Não se discute mais a ausência do militar, em razão do afastamento de suas obrigações legais, mas o fato de estar presente ao Quartel como militar à disposição da Justiça impedido, pois de exercer suas atividades profissionais cotidianas. Em outras palavras, sem desvalorizar a pessoa do militar, esse estará sem utilidade efetiva na colaboração das taferas na Organização Militar que esteja lotado. Maior será o prejuízo à Organização Militar – consequentemente ao serviço militar, uma vez que, além de não poder contar com a atuação do desertor pelo período que estiver em condição de transfuga, também estará impedido de atuar em suas atividades hodiernas – administrativas, instrucionais e operacionais - , por estar detido em face de prisão provisória.

Em tese contrária, poder-se-ia alegar que a prisão por ser provisória, tão logo, fosse relaxada, retornaria o militar às suas atividades profissionais no interior da caserna.

Tal assertiva, em relação ao prejuízo causado na hipótese da deserção comum, em nada alteraria, tendo em vista que, naquela ou nessa deserção, considerando que a prisão provisória ficasse restrita a um lapso de tempo pequeno, estando o militar ausente num ou noutro caso, o prejuízo estaria relacionado ao critério de afastamento do militar.

Se, todavia, o parâmetro do prejuízo for relacionado à questão do militar se furtar à responsabilidade criminal e, por conseguinte, aos ditames processuais da Justiça Militar ou Comum, aos moldes da deserção por simulacro de incapacidade, essa modalidade de deserção necessitaria de uma (re)avaliação, a fim de ser tratada como crime contra a administração da Justiça Militar, delineada pelo Título VIII, do Código Penal Militar.

O ponto fulcral da questão não seria, portanto, a ausência do militar por mais de 8 (oito) dias, mas sim sua ausência para se furtar a um julgamento judicial. Como deserção, a evasão do militar em poder da escolta, de recinto de detenção ou de prisão, com o fito de fugir em seguida à prática de crime para evitar prisão, continua restrita a questão da ausência do militar por mais de 8 (oito) dias.

Restam, agora, 3 (três) modalidades delitivas, que estão relacionadas à deserção, sendo essas o concerto para deserção - artigo 191, o favorecimento a desertor - artigo 193, e a omissão de oficial - artigo 194, todos do Código Penal Militar.⁵⁹

O concerto para deserção trata de um delito de mera preparação, de natureza formal ou perigo abstrato, não havendo necessidade, para tanto, da execução da deserção propriamente dita, com exceção, da hipótese de que do concerto, efetive o afastamento injustificado do militar ou dos militares por mais de 8 (oito) dias, nesse caso, haverá a majoração da sanção.

Se a questão maior, no estudo apresentado por esse trabalho, constitui a verificação da possibilidade de considerar a deserção não mais como delito, mas sim como infração disciplinar - contravenção ou transgressão disciplinares -, frente ao efetivo prejuízo causado e a real necessidade da aplicação do Direito Penal Militar para solução do problema, a mera preparação da deserção ou sua efetiva consumação não apresenta desvio ao propósito verificatório em epígrafe.

Se quer dizer que, tanto num como noutro caso, a meta precípua da economia do Direito Penal se relaciona a eficácia que se pretende aplicar ao caso concreto na utilização do Direito Disciplinar Militar, como critério de solução eficiente e justa à questão.

⁵⁹ Configura o delito de concerto para deserção, nos termos do artigo 191, do Decreto-Lei nº 1.001/69, Código Penal Militar, quando militares articulam-se para a prática do delito. Assevera-se, todavia, que se a deserção não chega a consumir-se, os militares estarão sujeitos à pena de detenção, de três meses a um ano. Agora, se consumada, a pena será reclusão, de dois a quatro anos. Nos termos do artigo 193, da lei substantiva castrense, a pessoa que der asilo a desertor, ou tomá-lo a seu serviço, ou proporcionar-lhe ou facilitar-lhe transporte ou meio de ocultação, sabendo ou tendo razão para saber que cometeu qualquer dos crimes previstos no capítulo que trata da deserção, estará sujeito à pena de detenção, de quatro meses a um ano. Ocorre uma exceção, descrita pelo parágrafo único, do artigo 193, uma vez que, se o favorecedor é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, estará isento de pena. O oficial que deixar de proceder contra desertor, sabendo, ou devendo saber encontrar-se entre os seus comandados, segundo o artigo 194, ficará sujeito à pena de detenção, de seis meses a um ano.

Em primeira análise, não se verifica a possibilidade de afastamento, do concerto para deserção, do critério propedêutico proposto pelo estudo em questão. Por um lado, porque os 2 (dois) casos, concerto e deserção, não se desviam dos bens juridicamente tutelados - o serviço e dever militares. Por outro, porque o que se pretende alcançar constitui uma solução coerente aos casos de afastamento injustificado do militar, por mais de 8 (oito) dias ou, por ocasião do momento da partida do navio, da aeronave ou tropa.

Na contingência do favorecimento ao desertor - artigo 192, do Código Penal Militar, entende-se, do mesmo modo, como foi o caso da simulação de incapacidade, que deveria ocorrer uma (re)avaliação no critério de definição legal do delito. Tendo em vista que, ao acobertar o desertor estaria por ocorrer mais do que uma lesão ao dever e serviços militares, mas também ao bom andamento da atividade judicial militar. Nessa hipótese, a atividade delituosa visa furtar o desertor da responsabilidade de responder, judicialmente ou administrativamente pelo ato praticado.

O foco torna-se outro, sem vínculo com o objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, mensurar o efetivo grau de lesividade no afastamento do militar da caserna ou do local que deva permanecer, a fim de autorizar o trato da questão não mais como delito, mas sim como infração disciplinar.

Por fim, o delito de omissão de oficial - artigo 194, do Código Penal Militar, efetiva quando o oficial deixa de proceder contra o desertor, sabendo, ou devendo saber que esse encontra-se entre os seus comandados.

Relaciona-se, como o caso de favorecimento a desertor à situação de lesão a atividade judicial militar, face a inércia do oficial para apuração do delito em si. Devendo ambas serem (re)alocadas, a princípio, ao título VIII, do livro I, do Código Penal Militar - dos crimes contra a administração da Justiça Militar, carecendo, pois ser objeto de estudo de outro trabalho de pesquisa, no qual se analise o prejuízo causado à Justiça Militar da União, em face dos parâmetros garantistas propostos por Luigi Ferrajoli (2014).

Estando delimitadas as modalidades de deserção abordadas pelo campo de apreciação desse trabalho - deserção comum, especial, casos assemelhados com exceção ao simulacro, concerto para deserção e favorecimento ao desertor, continuar-se-á a apreciação quanto a aplicação do conceito minimalista do Direito Penal aos casos de deserção, dando como solução alternativa, sob os parâmetros da efetividade e garantia dos direitos individuais, a aplicação do Direito Disciplinar Militar.

4.1 Do minimalismo garantista como reclamo de descriminalização da deserção

O Direito é uma construção humana e, conseqüentemente, pode ele mesmo elaborar condições e critérios de justificação das normas, leis e regulamentos, por assim dizer, válidas. O direito é constituído por um universo linguístico artificial que permite, em face da estipulação e da observância de técnicas apropriadas de formulação e de aplicação das leis aos fatos em análise, a fundamentação dos juízos em decisões do que seria a verdade, “convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio” (FERRAJOLI, 2014, p. 71).

O objetivo do Direito Penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, sendo que, a custo da incerteza de que também, algum inocente possa ser punido. Pelo contrário, a certeza objetivada pelo Direito Penal mínimo é de que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.

O presente estudo não se propõe a apontar uma proposta de abolição total ou absoluta do delito de deserção, mas uma descriminalização parcial dessa infração penal. Nesse sentido, com base no Princípio da Economia do Direito Penal expresso no Axioma A3 de Luigi Ferrajoli (2014) - *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* -, indicar uma sincera reflexão sobre a questão. Não para expressar, propriamente, uma técnica punitiva, mas critérios política penal minimalista, cuja satisfação esteja condicionada e não condicionante de garantias.

Nesse exato ponto, entra a questão defendida por Luigi Ferrajoli (2014) quanto a vigência e a validade das normas penais. O Código Penal Militar, no que tange a deserção, apresenta-se, plenamente vigente, pois atendeu a todos os critérios formais estabelecidos pelo Poder Público para que pudesse compor a gama de normas jurídicas, infraconstitucionais, para regular o comportamento social. Todavia, o conteúdo precípua expresso pela norma não satisfaz aos critérios de validade material que justifique sua existência, razão pela qual não dá lastro a sua execução.

Em outras palavras, o propósito está afeto a apresentar razões de utilidade individual e coletiva – conteúdo material da norma -, que justificam a consideração da deserção não mais como infração penal, mas como infração disciplinar - contravenção ou transgressão disciplinares -, sujeito às regras de apuração e de julgamento por intermédio de um procedimento disciplinar militar.

Entende-se que no atual cenário jurídico e factual, o trato da deserção como delito propriamente militar, constitui-se uma proibição penal injustificada por ser lesiva aos direitos individuais do agente, de execução excessiva no momento da condenação, em face da desproporcionalidade em relação à lesão provocada, ainda, por tutelar bens jurídicos que não constituem direitos fundamentais individuais ou coletivos e por ser, convenientemente, substituível por uma proibição administrativa.

Em tese contrária, pode-se alegar que a pena aplicada ao desertor tem o caráter corretivo ou terapêutico, e que o cárcere se constitui um lugar flagicioso de educação e solicitação ao crime. Que o agente da deserção deve sim ser colocado sob os rigores da privação de liberdade, para que possa compreender o mal que fez à sociedade, no caso à Unidade Militar que esteve vinculado.

Entende-se que a repressão e a educação são dois elementos incompatíveis entre si, como também o são a privação da liberdade e a liberdade em si, que da educação constitui a essência e o pressuposto. Razão pela qual a única coisa que se pode pretender do cárcere é que seja no mínimo possível repressivo e, portanto, o menos possível (des)socializante e (des)educativo (FERRAJOLI, 2014, p. 253).

Qualquer tratamento penal voltado para a alteração coercitiva da pessoa adulta com o fim de recuperação ou de (re) integração social, segundo o Luigi Ferrajoli (2014) não apenas atinge a dignidade do sujeito tratado, como também, um dos princípios fundamentais do Estado de Direito - a liberdade. Traduz-se, pois no igual respeito das diversidades e, especialmente, na tolerância de qualquer subjetividade humana.

Está se discutindo não se o desertor, se condenado, deve ou não se sujeitar a uma pena privativa de liberdade, mas se a condenação irá trazer algo de útil ao militar e ao Quartel, além da segregação absoluta do seu componente. Um verdadeiro paradoxo, pois o que se pretende evitar é o afastamento do militar por prazo superior a 8 (oito) dias, por motivos injustificados, a fim de que o serviço militar não seja prejudicado.

A pena deve ter como propósito a coesão do sistema social, em face de sua capacidade de restabelecer a confiança coletiva abalada pelas infrações praticadas, portanto, renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições (FERRAJOLI, 2014, p. 256).

Hoje, a pena destinada ao crime de deserção, nem de longe, tem o poder de proporcionar a coesão social, nem mesmo o papel de restabelecer a confiança ou renovar a

fidelidade do militar às Forças Armadas. A condenação pelo delito em comento tem por propósito, a penalização do desertor, como forma de castigo, em razão da conduta perpetrada.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 312) assevera que no objetivo do Direito Penal, a obtenção de uma adequada doutrina de justificação, em conjunto com uma Teoria Garantista de vínculos e limites, ou seja, dos critérios de (des)legitimação do poder punitivo do Estado, tem por objetivo propor um sistema coercitivo que somente se justificaria se a soma das violências - delitos, vinganças e punições arbitrárias, fossem superiores à própria pena.

A gravidade e a quantidade das penas devem ser, essencialmente, articuladas à gravidade e a quantidade de violência que se expressa no meio social - Unidade Militar, bem como ao grau de sua intolerância social - superiores, pares e subalternos.

A relação entre a pena e a deserção não pode ser tida como moeda de troca, pelo contrário, deve constituir uma relação pública balanceada e determinada pela autoridade judiciária ou administrativa como algo, absolutamente, afastado do mundo contratualista.

No máximo se impõe a pena, contra a vontade do condenado, não em razão de uma troca de equivalentes, mas para prevenir os males maiores que poderiam resultar de repressões informais ou da reincidência de outras deserções.

Converter a deserção em infração disciplinar - contravenção ou transgressão disciplinares -, traz a oportunidade para ambas as partes, desertor e Força Armada balancearem os prós e os contras na atividade de apuração do ato infracional. Dando oportunidade para o militar se justificar, com o apoio de defesa técnica, sendo essa constituída por um advogado e ainda se requerido pelo desertor pelo auxílio de um superior hierárquico, face a peculiaridade do tema.

A pena não deve superar a violência informal consubstanciada, no caso em espécie, pela deserção. Primeiro, porque se está falando de um ato infracional, em tempo de paz, ou seja, longe da frente de batalha. Segundo, porque a ausência do militar corresponde, numericamente, a uma entre as centenas de dezenas de militares dentro de uma Unidade Militar.

Observa-se, diuturnamente, que quanto mais alto o custo das penas, menor tem sido sua capacidade de prevenção e, assim, menor será sua justificação em relação aos males prevenidos. A pena destinada à deserção - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, não tem demonstrado eficácia alguma no afastamento da prática delitiva, razão disso, demonstrou o estudo estatístico elaborado pelo Centro de Estudos do Superior Tribunal Militar, que a

deserção, nos últimos 12 (doze) anos, tem sido o delito de maior incidência nos Quartéis brasileiros.

No caso da deserção, não se pode afirmar que quanto mais alto for o custo das penas, maior será sua capacidade de prevenção, mas pelo contrário, menor tem sido a sua justificação em relação à ausência que se pretende evitar.

Quanto mais baixo for o custo da pena, uma maior quantidade de bens jurídicos será prestigiada, conseqüentemente, é injustificado um limite mínimo que anule a eficácia preventiva da pena em relação aos delitos, mas também, será injustificado um limite máximo que anule a legitimação em relação aos maiores castigos informais prevenidos pela mesma (FERRAJOLI, 2014, p. 369).

A atual penalização do delito de deserção, por sua natureza contrária aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, torna-se desumana e não graduável. Resultando em todo caso, desproporcional por inexistir qualquer proibição legal alternativa fundada nos Princípios da Economia do Direito Penal ou da Necessidade.

A intervenção mínima advogada por Luigi Ferrajoli (2014) não constitui a extinção do Direito Penal. Pelo contrário, apresenta parâmetros conceituais e filosóficos que autorizam o estabelecimento da mínima intervenção, como corolário de equilíbrio entre o máximo e o mínimo punitivo (CAROLLO, 2013, p. 83).

A eficácia da intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais, em sentido oposto, seu atendimento constitui exigência indeclinável para o Estado de Direito. O Sistema Garantista apresentado por Luigi Ferrajoli (2014) surge como pauta mínima de tal modelo de Estado, viabilizando a aplicação de uma norma de Direito, à efetiva solução de um conflito.

Na perspectiva da superação da pena privativa de liberdade, o problema que se apresenta, por mais difícil, face a sua essência, seria o tipo de pena que iria substituí-la. Luigi Ferrajoli (2014, p. 385) aponta para as indicações provenientes da experiência das chamadas medidas alternativas, entre essas, a apreciação do delito não mais como infração penal, mas como infração disciplinar.

Assevera, o autor, que a longo prazo, para todos os delitos, mas imediatamente, pelo menos para os menos graves, a alternativa mais racional seria a otimização do Direito Penal. Aplicá-lo, portanto, quando a efetiva lesão estivesse relacionada a prejuízos diretos a direitos fundamentais individuais ou coletivos.

Significa dizer que, deve-se encontrar o equilíbrio que demonstre quando proibir penalmente será melhor do que civil ou administrativamente, ou vice e versa, e quando proibir o delito ou quando considerá-lo como infração disciplinar. Questões todas de legitimação externa, diferente da questão de quando punir, que nos ordenamentos que incorporam os Princípios da Retribuição e da Legalidade são exclusivamente de legitimação interna (FERRAJOLI, 2014, p. 422).

Deve-se ponderar que uma intervenção punitiva constitui uma técnica de controle social, da mais gravosa e lesiva à liberdade e a dignidade dos cidadãos. O Princípio da Necessidade exige que dela se recorra, apenas como remédio extremo, nesse entendimento, indaga-se: em tempo de paz, a lesão produzida pelo desertor, justifica a aplicação de uma sanção penal? Os bens tutelados pelo tipo penal são considerados de direitos fundamentais individuais ou coletivos?

A doutrina acerca da justificação externa das proibições penais é uma ideologia não jurídica, mas atua mais como um viés político. Naturalmente, em torno de critérios de política penal, na medida que, postula a correspondência entre a prevenção de crimes e a justificação externa da pena:

A política penal de tutela de bens tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos mesmos bens. Os resultados lesivos prevenidos pelo direito penal podem ser evitados, e, em muitos casos, mais eficazmente, por meio de medidas protetoras de natureza administrativa (FERRAJOLI, 2014, p. 433 e 434).

Os bens juridicamente tutelados pela deserção são o serviço e o dever militares, quer dizer que, antes de desertar o militar tem que sopesar sua atitude, pois dela serão prejudicados tanto o bom andamento das atividades administrativas e operativas da Organização Militar que esteja lotado, como à fiel observância aos preceitos contidos no dever militar estabelecido pelo Estatuto dos Militares.⁶⁰

Assevera Luigi Ferrajoli (2014) que o Direito Penal deve ser utilizado, como sistema de controle social somente quando os bens tutelados são tipicamente de direito fundamental,

⁶⁰ Assevera o artigo 31, da Lei nº 6.880/80, Estatuto dos Militares, que os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida; II - o culto aos Símbolos Nacionais; III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias; IV - a disciplina e o respeito à hierarquia; V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

individual ou coletivo. Por um lado, não há como menosprezar a importância ou relevância dos bens tutelados, serviço e dever militares. Por outro, não há como classificá-los como direitos fundamentais, pois primariamente, não estão relacionados com a dignidade da pessoa humana.

Abrindo-se um parentese conceitual, segundo Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2011, p. 110) os direitos fundamentais são caracterizados por propiciar o respeito à identidade e a dignidade da pessoa. Como Direitos de liberdade, que compreendem desde a liberdade pessoal até a liberdade de pensamento, bem como aos Direitos da autonomia civil e política, à tutela e à valorização de todas as diferenças de identidade.

Estende-se também, como tais, os direitos sociais⁶¹ que propiciam à redução da desigualdade nas condições de vida, em nível econômico ou social. Configurando a esfera do decidível, somente o que fica fora dessa esfera, podendo, pois ser matéria de ponderação ou mensuração.

Em sentido oposto, poder-se-ia consignar que o serviço e o dever militares estariam correlacionados com a questão da segurança pública – interna e externa -, em sentido lato, de onde estaria assentada a função precípua das Forças Armadas. Todavia, a questão aqui abordada trata da ação delitiva, perpetrada, em tempo de paz, desse modo, nem a segurança interna - a garantia da lei e da ordem, nem a garantia externa - a soberania nacional estariam sobre ameaça latente, pelo contrário, o que vige é a rotina administrativa, sem qualquer sobejo que preocupe a segurança pública.

O Princípio da Lesividade, em contrapartida com a proteção dos direitos fundamentais, tem valor de critério polivalente de minimização das proibições penais. Equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário, e com isso, reforçar sua legitimidade e credibilidade:

Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil o prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a fraude de etiquetas, consistente em qualificar como

⁶¹ São direitos sociais, nos termos do artigo 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

administrativas sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais (FERRAJOLI, 2014, p. 440).

Não se pode punir um militar somente porque isso satisfará a vontade ou o interesse do Comando da Unidade Militar ou da maioria prevalente do Quartel. Deve-se punir, em proporção equivalente ao prejuízo causado, pelos meios mais adequados disponíveis na legislação. Sem perder de vista as garantias individuais do desertor, de modo que, a questão, seja tratada com tolerância à desviação, sem estreitar a justiça às raiais da prevaricação.

Os membros da Unidade Militar, como expectadores da deserção, não anseiam pela inafastável prisão do desertor. Desejam, pelo contrário, que o Comando da Organização Militar tome as medidas necessárias à apuração dos fatos, para que, se demonstrado que o militar se ausentou sem a devida autorização, seja responsabilizado, atendendo a 2 (dois) critérios principais: a celeridade e a proporcionalidade.

A tutela dos mais fracos corresponde, por assim dizer, a uma conexão direta com os direitos fundamentais, pois representam a lei do mais fraco em alternativa a lei do mais forte que prevaleceriam na sua ausência, e apresenta 3 (três) justificativas para isso:

Em primeiro lugar o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a lei de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência, contra a lei de quem é mais forte social e economicamente (FERRAJOLI, 2011, p. 106).

A lei do mais fraco contra a lei do mais forte vale, acima de tudo, como direito do indivíduo para proteger as pessoas, contra as suas culturas, e até mesmo contra seus pragmatismos irraciocinados. De modo que, o desertor, não seja punido somente porque existe uma previsão legal que assim a define ou porque venha desagradar um ou outro superior hierárquico, mas levando em consideração o alcance da lesão e as alternativas legais à solução da questão.

Um sistema penal somente se justifica se a soma das violências, dos delitos, das vinganças e das punições arbitrárias, que é capaz de prevenir, for superior àquela das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a este cominadas.

A pena assim, será justificada como mal menor, somente se menor e menos aflitiva, se comparada com outras reações não jurídicas. Que seria lícito supor, se produziriam na sua ausência que, de forma mais geral, o monopólio estatal do poder punitivo é tanto mais

justificado, quanto mais baixo for o custo do Direito Penal em relação ao prejuízo causado pelo desviante (FERRAJOLI, 2014, p. 312).

Antes de submeter o desertor a uma prisão preventiva de 2 (dois) meses, para responder pela ausência praticada, junto à Justiça Militar da União, é preciso sopesar a situação procurando uma solução correta, justa e efetiva. Levando em consideração, que o desertor representa o polo mais fraco do contexto e, portanto, medidas alternativas de apuração representam o efetivo respeito à pessoa, como critério de justiça.

A aplicação de um Regulamento Disciplinar, para os casos de deserção, apresenta-se como uma alternativa adequada. Sendo, assim, a pena disciplinar um mal menor, frente à lesão produzida à Organização Militar, em tempo de paz, pela ausência injustificada do militar.

Na defesa dos direitos fundamentais, orientando o Direito Penal à sua natureza subsidiária, apresenta uma alternativa para que os conflitos sociais possam ser resolvidos por outros instrumentos que não penais. Desse modo, somente quando houver uma ameaça aos direitos fundamentais é que o Direito Penal se legitima, como forma de solucionar tais conflitos. Somente as lesões que podem causar perigo ou ofensa a bens fundamentais é que são passíveis de justificar as proibições penais, devendo os demais conflitos ser resolvidos fora da esfera pena (BICUDO, 2015, p. 140).

Verdadeira correlação entre o Garantismo e a intervenção mínima, em que os direitos fundamentais assumem, primeiro, uma função negativa, limitando a intervenção penal, segundo, uma positiva, estipulando com precisão qual será objeto penal. Apenas as lesões que podem causar perigo ou ofensa aos bens fundamentais é que são passíveis de justificar as proibições penais, devendo os demais conflitos ser resolvidos fora do âmbito do Direito Penal.

Recodificar, destarte, com base em um rigoroso critério de economia, os bens jurídicos que são meritórios de tutela penal. Despenalizar, pois todos os crimes menores, os quais não justificam nem pena e nem processo:

[...] ampliar a esfera da tutela civil e administrativa, transferindo a esta muitos interesses hoje tutelados penalmente; redefinir com o máximo rigor o campo de denotação empírica dos tipos penais delituosos, suprimindo todas as figuras penais elásticas e indeterminadas; expurgar do sistema todas as formas ocultas e disfarçadas de responsabilidade objetiva ou coletiva; rebaixar, enfim, as penas drasticamente, reduzindo-as de direito às medidas a que hoje estão reduzidas de fato, o que significa, como se disse, diminuí-las pela metade e estabelecer limite máximo para qualquer delito em não mais de dez anos (FERRAJOLI, 2014, p. 771).

Esta constitui, a realidade face ao delito de deserção, tendo em vista que, por mais importância que representem o serviço e o dever militares no cenário militar, frente à prática da deserção, não constituem direitos fundamentais, cuja tutela estaria restrita apenas à intervenção do Direito Penal Militar.

O trato da deserção como infração disciplinar - contravenção ou transgressão disciplinares – , conforme a terminologia de cada Força Armada, para deixar assim, as raízes da tipificação penal militar, como outrora consignado, encontra pleno respaldo, primeiro, porque os bens lesionados pelo delito, dever e serviços militares, não fazem parte do rol de direitos fundamentais individuais ou coletivos. Segundo, porque em tempo de paz, a deserção pode ser considerada a infração penal de menor potencial ofensivo, a ser resolvida por intermédio de um procedimento administrativo disciplinar. Fazendo com que, o Direito Penal Militar, tome sua posição de controle subsidiário, quando as leis e os princípios gerais de Direito, apresentam outro caminho possível à solução dos conflitos.

4.2 Da lesão provocada pela deserção

Cesare Beccaria (2013, p. 45) assevera que a única e verdadeira medida do delito constitui o dano que causa à nação, assim, erra quem pensa que a verdadeira medida do delito é a intenção de quem comete, desse modo, dependerá da impressão dos objetos e da precedente disposição do espírito, que variam de homem para homem.

Nesse caso seria preciso elaborar um código especial para cada cidadão e uma nova lei para cada delito, “às vezes, os homens, com a melhor das intenções, causam o maior mal à sociedade. Outras vezes, com a maior má vontade, causam o maior bem” (BECCARIA, 2013, p. 45).

Continua Beccaria, que a verdadeira medida do delito é o dano à sociedade, sendo uma verdade indelével que:

Alguns delitos destroem imediatamente a sociedade ou quem a representa, outros defendem a segurança do cidadão na vida privada, nos bens, na honra; outros são ações contrárias àquilo que, por lei, cada um é obrigado a fazer ou não fazer, em vista do bem geral. Os primeiros, isto é, os delitos máximos, porque mais danosos, são os chamados de *lesa-majestade*. Só a tirania e a ignorância, que confundem os vocábulos e as ideias mais claras, podem dar esse nome e, por conseguinte, cominar pena máxima a delitos de naturezas diferentes, de modo a fazer os homens, como em outras mil ocasiões, vítimas de um só vocábulo. Cada delito, embora privado, ofende a sociedade, mas

nem todo delito procura a destruição imediata dessa mesma sociedade. As ações morais, assim como as físicas, têm esfera limitada de atividade e, como todos os movimentos da natureza, são diversamente circunscritas ao tempo e ao espaço. Só a interpretação cavilosa, que é comumente a filosofia da escravidão, pode confundir aquilo que a verdade eterna com imutáveis relações distinguiu. (BECCARIA, 2013, p. 48).

Ao longo do trabalho foi proposta uma reflexão ativa, quanto ao efetivo prejuízo que a deserção poderia produzir no Quartel, todavia, delimitada temporalmente, ao tempo de paz, que então pudesse justificar a aplicação de uma sanção penal ao desertor.

Não se põe em discussão, novamente, a importância do serviço e do dever militares, mas a inafastabilidade da aplicação do Direito Penal Militar, ante a realidade lesiva do afastamento do militar por mais de 8 (oito) dias. E, em contrapartida, a viabilidade de aplicação de uma sanção disciplinar no lugar da pena, como medida de equilíbrio pelo mal produzido.

Todo afastamento do militar, justificado ou injustificado, causa um prejuízo ao bom andamento das atividades administrativas e operacionais do Quartel. Cabe à administração militar equalizar o déficit, para minimizar a ausência da força de trabalho.

Em comparação, imagine-se que determinado militar, durante as atividades operativas da Unidade Militar, sofra um acidente e venha a fraturar o fêmur, sendo submetido à cirurgia e ficando afastado de suas atividades laborais por 6 (seis) meses. Nesse caso, o Quartel irá parar suas atividades até que o militar retorne às suas funções?

Naturalmente que não, em sentido oposto, determinará a realocação de mão de obra para a função desguarnecida. De modo que, a missão da Organização Militar – administrativa ou operativa - seja atendida dentro de critérios aceitáveis de eficiência, eficácia e efetividade.

Em todo caso, seja pelo afastamento pelo motivo de saúde, como do de deserção, a administração da Unidade Militar providenciará o (re)alocamento dos militares necessários a suprir a lacuna existente em razão da ausência do militar.

Nesse caso, justificaria a aplicação de uma sanção penal como retribuição à ausência injustificada? Seria possível, em tempo de paz, sob o manto do Princípio da Subsidiariedade do Direito Penal, tratar a ausência como uma infração disciplinar - contravenção ou transgressão disciplinares?

Como outrora consignado, a conjunção do Princípio da Subsidiariedade do Direito Penal como o Princípio da Lesividade impõe ao Direito Penal o ônus de demonstrar a sua real necessidade, onde a necessária lesividade do resultado, condicionaria a justificação utilitarista

de tal Direito como instrumento de tutela e, por conseguinte, constitui seu principal limite axiológico externo.

Um afastamento, por mais injustificado e longo que seja, não autoriza a aplicação dos preceitos de Direito Penal Militar. O afastamento como fruto do desvio penal, pode ser gerido pela administração militar, de modo que, seus efeitos sejam atenuados ou minimizados, até o ponto de serem, totalmente, suprimidos pela realocação de pessoal.

Não está se falando de momentos de guerra, de situações de beligerância, onde estão em jogo a vida da população, a segurança nacional e a sobrevivência da soberania nacional, muitas vezes em locais longe dos sistemas de infraestrutura e abastecimento, mas de atividades administrativas que podem ser geridas com ou sem a presença de todo efetivo do Quartel.

A penalização da deserção não deve ser tratada como uma vingança, ou pior, como uma punição institucionalizada, como recompensa inafastável pelo ato praticado, um castigo institucionalizado por assim dizer. O prejuízo efetivado pela ausência ilegal, face aos Princípios da Proporcionalidade da Pena e da Economia do Direito Penal necessita ser abordado sob o viés disciplinar.

Não se deve diferenciar uma pena disciplinar de uma sanção penal somente pela diferença de tempo entre uma e outra, a quantidade de privação de liberdade, não pode ser moeda de troca em face da deserção.

O que se espera é que a deserção não seja posta como ato isolado ou imperceptível, mas que seja tratada com a maturidade jurídica que às Forças Armadas emprestam, nos dias atuais, para solução do problema com inteligência e com a precisa técnica jurídica.

4.3 Da culpabilidade do desertor e a medida de retribuição penal

Segundo Luigi Ferrajoli (2014, p. 465), no elemento subjetivo ou psicológico do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão. Nesse passo, não pode ser punido, se não for intencional o ato praticado, ou seja, “realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer”.

Não se atesta, que o desertor não saiba que sua ausência injustificada seja um ato indevido, ou mesmo, de que não receba instrução em sua formação militar de que, essa conduta, deve ser afastada como ato lesivo à unidade de sua Organização Militar.

Foi apontada pela pesquisa realizada pelo Centro de Estudos Judiciários, do Superior Tribunal Militar que a população de desertores é constituída por jovens que contam em média com 20 (vinte) anos de idade, sem condições pessoais de atentar, direta e incondicionalmente, contra o serviço ou o dever militar.

A culpabilidade constatada se refere a questões de ordem financeira, quando o militar não está satisfeito com o soldo que percebe pelo serviço militar prestador, ou por ordem pessoal, pois ao adentrar as fileiras militares, aguarda encontrar aventuras, desafios e viagens.

Pelo contrário, é abraçado por uma rotina embasada pela disciplina irrestrita e, por trabalhos não muitas vezes gloriosos, como por exemplo, a manutenção e limpeza do Quartel.

Quando um jovem desse perfil deserta, com sua formação civil e profissional em pleno desenvolvimento, incompleta por natureza, o faz não pela intencionalidade de provocar um dano irreversível ao dever assumido ante a Pátria que jurou proteger frente ao Pavilhão Nacional.

A deserção não visa, nesses casos de maior incidência, colocados sob julgamento da Justiça Militar da União, atacar o serviço e o dever militares. Embora estejam capitulados como tal no Código Penal Militar, o que demonstra a experiência e a realidade dos desertores, o ato de desertar reflete mais uma imaturidade do militar, pelo pouco tempo de vida e pela rápida instrução militar, que não permitem a plena compreensão da deserção frente aos valores militares.

A intencionalidade ou culpabilidade *stricto sensu* pressupõe a união da personalidade, da imputabilidade e da intencionalidade, de maneira que, se possa falar de culpabilidade para referir-se não somente a intencionalidade do delito, mas também ao produto lógico dos 3 (três) elementos. De fato, não haverá culpabilidade sem imputabilidade, nem sem imputação penal subjetiva ou sem nexo causal entre a ação imputada e o resultado produzido (FERRAJOLI, 2014, p. 450).

Por óbvio que o militar deserta, porquê colocou seus interesses particulares, seus valores e seus anseios, à frente da necessidade do serviço, mas não com a preocupação direcionada para desestabilizar sua Unidade Militar. Como bem prepondera Luigi Ferrajoli (2014, p. 501), não se deve punir um cidadão só porque isso satisfazer a vontade ou o interesse da maioria.

O entendimento *lato sensu* do Princípio da Culpabilidade, afiançada pelo Sistema Garantista, não se limita a exclusiva aplicação da lei porque em vigor, mas em fundamentos

políticos externos que autorizem a percepção inequívoca da compreensão política-jurídica da responsabilidade e da culpabilidade.

O fundamento político externo consistirá na reprovação da ação não porque condição necessária para justificar sua proibição e sua punição, mas como atributo de saneamento do problema social apresentado pela conduta. Sendo ou não culpável, no sentido da intencionalidade do agente, a nível de intervenção do Direito Penal Militar, mas passível de proibição, pois admite-se reprovação à medida de controle disciplinar.

No atual estágio de compreensão dos desertores, pela idade e pela formação cultural e curricular, a concepção do ato de desertar, apresenta-se mais como reflexo de sua participação social, no seio da sociedade que deixa, para ingressar no âmbito militar.

O jovem desertor, antes de ser punido, colocado sob o crivo da jurisdição penal militar, deve sim ser responsabilizado por seus atos, mas em nível disciplinar, como medida de reeducação social e, como retribuição equitativa à culpabilidade.

A intencionalidade do ato deve ser gerida, como *modus operandi* reformador, ainda mais, para os jovens que são colocados, voluntariamente ou obrigatoriamente, a serviço da Pátria, que se preciso for, com o sacrifício da própria vida.

A aplicação de uma pena disciplinar, ou melhor, a sujeição do desertor, a um processo administrativo disciplinar-infracional, pode proporcionar um escalonamento reflexivo. De modo que se alcance a maturidade social do militar, moldando seu caráter em conformidade com o meio que coabita, sem que se utilize, *prima facie*, da sanção penal como remédio inafastável ou inevitável ao ato praticado.

4.4 Do tempo entre a prática da deserção e a resposta penal

A punição ideal necessita ser transparente ao crime que sanciona, de modo que, de um lado, para quem a contempla, ela será, infalivelmente, o sinal de que o delito pode dar azo ao castigo e, por outro, para quem se propõe ao crime, a simples ideia do ato despertará à consciência a punição que o espera. Está se falando, no caso, de inter-relação entre punição e infração, conexão temporal e consciencial entre um e outro.

A vantagem para a estabilidade da ligação, utilidade para o cálculo das proporções entre delito e castigo, e para a leitura quantitativa dos interesses sob a mensura da balança,

assim tomando a forma de uma consequência natural, a punição não aparecerá como efeito arbitrário de um poder humano.

Hoje, levando em consideração o tempo entre a deserção praticada, sem contar com o período que o desertor fica ausente, que por si só, já é um fator preponderante, mas apenas o tempo de julgamento, ou seja, o lapso temporal entre a deserção e o decreto condenatório, entre 2 (duas) instâncias, Auditorias Militares e Superior Tribunal Militar, supera a expectativa de interligar o ato desviante e a pena aplicada.

O máximo que se poderia dizer, como fator de coibição ao ato de desertar, seria a aplicação antecipada da punição pela prisão preventiva de 2 (dois) meses, estabelecida pelo Código de Processo Penal Militar, uma afronta ao Princípio da Inocência perpetuado pela Constituição Federal de 1988. A duração da pena só terá sentido, em relação a uma possível correção, e a uma utilização econômica dos desviantes corrigidos.

Pode-se dizer que a pena constitui um mecanismo dos sinais, dos interesses e da duração, onde o acusado é apenas um alvo do castigo. Todavia, o que se objetiva é atingir a consciência dos demais, no caso em epígrafe, dos possíveis desertores.

Cita-se, como exemplo, o indulto natalino concedido pela Presidente da República no ano de 2015⁶², que em conformidade com o Inciso I, do artigo 1º, concedeu-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras foram condenadas a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou por multa, e não beneficiadas com a suspensão condicional da pena que, até 25 de dezembro de 2015, tenham cumprido 1/3 (um terço) da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes.

Ora, o trabalho estatístico do Centro de Estudos Judiciário, do Superior Tribunal Militar aponta que, em face da maioria dos condenados pelo delito de deserção serem réus primários, portanto, tendo esses cumprido 1/3 (um terço) da pena, que corresponde a 2 (dois) meses, em vista de que, a maioria esmagadora da dosimetria da pena aplicada nesses casos é de 6 (seis) meses, pena mínima prevista pelo Código Penal Militar, a totalidade é beneficiada pelo indulto natalino.

⁶² O Presidente da República, no exercício da competência privativa que lhe confere o art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, tendo em vista a manifestação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, acolhida pelo Ministro de Estado da Justiça, e considerando a tradição, por ocasião das festividades comemorativas do Natal, nos termos do Decreto nº 8.615/15, concederá indulto às pessoas condenadas ou submetidas a medida de segurança e de comutar penas de pessoas condenadas.

E o que isso representa para o Quartel? Representa que o delito de deserção não é punido, senão pelo tempo que se passa em prisão preventiva, mais ainda, o tempo que opera entre a deserção, a condenação e o indulto transparece à tropa um sentimento de impunidade e insipiência por parte da legislação em vigor.

O procedimento disciplinar militar, insculpido pelos Regulamentos Disciplinares de cada Força Armada, sem se afastar dos princípios basilares da ampla defesa e do contraditório - da verificabilidade e da refutabilidade -, podem dar esse tempo adequado, que permita a compreensão precisa, pela comunidade militar e do próprio desertor, do ato de deserção e a punição aplicada.

Como anteriormente ventilado, a punição pela deserção, não pode ser encarada como retributivo mecanizadamente estipulado pela legislação penal militar, só porque em vigor. Pelo contrário, deve ser encarada como atributo de inteligência proveniente de uma política criminal alicerçada em fundamentos racionais de compreensão e de retribuição, ao mesmo tempo, com propósitos equitativos e educativos à sociedade que se pretende empregar.

CONCLUSÕES

O Sistema Garantista proposto por Luigi Ferrajoli (2014) constitui um modelo ideal, que aponta uma meta a ser alcançada como critério ou instrumento de valoração e de correção do sistema jurídico em vigor, em especial, do penal. Tem como fim precípua, apontar as falhas ou as lacunas do Direito Penal, visando sempre subsidiar a defesa das garantias individuais dos agentes de delitos.

Não se deve entender que, o aludido sistema, configura um instituto em favor do réu, ou uma proposta de abolicionismo penal. Pelo contrário, estabelece uma conformação de um Direito Penal mínimo, na legitimidade da intervenção penal, sem se afastar das limitações estabelecidas pela Constituição vigente.

Os diversos princípios que solidificam o Sistema Garantista estruturam um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientando e assegurando o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, limitando o poder punitivo do Estado, e fortalecendo a tutela da pessoa contra qualquer possibilidade de arbitrariedade.

Em linhas gerais, a Teoria Garantista Penal proposta por Luigi Ferrajoli (2014) apresenta 2 (dois) principais fios condutores. O primeiro estabelece a valoração da atividade legislativa, como o marco conceitual da tipologia criminal, o segundo indica a comprovação jurisdicional do desvio punível, por meio de grupos de garantias penais e processuais que darão alicerce a verificabilidade e a refutabilidade dos fatos e das provas, como instrumentos de concepção da verdade real.

Luigi Ferrajoli (2014) apresenta, nesse contexto, 3 (três) distinções deônticas ligadas ao caráter normativo dos discursos formulados em seu Sistema Garantista, compreendendo essas o caráter ético-político, constitucional e jurídico. A primeira distinção corresponde ao dever ser externo ou ético-político, a segunda indica o dever ser interno ou a validade e a vigência das normas e, a terceira remete o operador do Direito ao dever ser jurídico ou o direito e a realidade.

O dever ser externo corresponde a separação entre o Direito e a moral, relaciona-se com a legitimação externa e interna do ordenamento jurídico. Naturalmente, o Direito não deixará de incorporar os valores e os princípios morais apregoados pela sociedade que se regula, na menor das hipóteses absorve a moral esposada pelos legisladores. Sendo

insustentável negar, como dito, a conexão metajurídica da moral com o Direito, expressão natural dos valores expressados pelos membros de uma sociedade.

Por seu turno, determinar a necessidade da separação entre o Direito e a moral representa um verdadeiro corolário a garantir a autonomia entre ambos. Essa separação reforça a utilidade da presença ambivalente do ponto de vista jurídico sobre a norma e da sua contra parte, qual seja, do ponto de vista crítico ou externo, autorizando dessa forma a transformação do ordenamento institucional jurídico de maneira a sempre buscar atender as garantias individuais e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Luigi Ferrajoli (2014) assevera no que diz respeito ao dever ser interno ou a validade e a vigência das normas que as Constituições rígidas garantem condições necessárias à substancialidade das leis como fator não só de vigência, mas principalmente de validade, verdadeira distinção entre o Direito legítimo porque atendeu aos critérios formais de validade e o Direito inválido que muito embora tenha atendido a tais critérios deixa de observar a defesa das garantias e dos Direitos fundamentais. Pode-se afirmar, por correto, que constitui sua maior virtude política, sugerindo aos atores da política, públicos ou privados, os limites da razão jurídica.

Por fim, pode-se afirmar que o dever ser jurídico ou a relação entre o Direito e a realidade social, política e cultural estão diretamente ligados ao caráter não apenas descritivo, mas acima de tudo ao caráter normativo do Direito. O dever ser jurídico estabelece os contornos limítrofes permissíveis na distorção do cumprimento da norma referindo-se, por seu turno, a recepção prática da norma no âmbito social. Denota assim os valores intrínsecos e modulares na vida do Direito, adequando-se com o seu dia a dia dentro da realidade que se apresenta.

Sendo assim, pode-se afirmar que o elemento constitutivo do Sistema Garantista propugnado por Luigi Ferrajoli (2014) exige 2 (duas) condições precípuas.

A primeira liga-se ao caráter legal do critério de definição do tipo penal, ao mesmo tempo, relaciona-se ao caráter prático das hipóteses de desvio legalmente estabelecidas. A segunda condição diz respeito à definição legal do desvio que deve ser estabelecida, não com referência a figuras subjetivas, mas apenas e tão somente a considerações objetivas do comportamento.

A condição referente ao critério de definição do tipo penal corresponde ao exposto pelo Princípio da Reserva Legal, segundo o qual o magistrado deverá sempre se submeter à

lei. Quanto à definição legal do desvio representa o caráter absoluto da reserva da lei penal, como parâmetro das definições legislativas das hipóteses de desvio, do qual o julgador deve se submeter.

Nessa condição, o magistrado como condutor do devido processo legal atenta para a otimização do cognitivismo processual inserido na concretude do fato típico. Expressa-se por 2 (duas) condições essenciais a sua existência, qual sejam, a verificabilidade e a refutabilidade dos fatos e das provas. O pressuposto da pena deve estar constricto a um fato descrito e indicado como delito, não apenas pela lei, mas do mesmo modo pela hipótese de acusação, a fim de que apresente factível de prova e de confrontação judicial.

O Sistema Garantista constitui, pois um modelo regulamentar de Direito, corresponde por assim dizer numa manifestação efetiva de um Direito moderno e garantista. Destarte, se amolda por intermédio de um governo *sub lege e per leges*, constituindo, o primeiro, como o poder do Estado de investigar e punir a conduta desviante e, o segundo, configurado pelo poder legiferante de edificar as leis.

Compreende também, uma teoria jurídica de validade, da efetividade e da vigência das normas, se relaciona, especialmente, ao Princípio da Legalidade. Não está fora do horizonte positivista, tendo em vista que, a estatização do Direito desempenhou um enorme progresso, tanto no campo jurídico como no campo político.

Representa, ainda, uma doutrina filosófico-política, avançando no campo da crítica e da deslegitimação externa das instituições conforme a rígida separação entre Direito e moral, ou entre a validez e justiça. Corresponde a dizer que, ao Estado compete a obrigação de realização dos Direitos fundamentais, ainda que por meio de interpretação extensiva da norma, atendendo, porém a certos critérios garantistas.

Espelha, portanto, a negação de um valor intrínseco do Direito, apenas porque vigente, e do poder somente porque efetivo. Comina na concessão utilitarista e instrumental do Estado, onde a satisfação das garantias individuais e dos direitos fundamentais encontra sobre absoluta tutela da atividade estatal.

A intervenção mínima propugnada por Luigi Ferrajoli (2014) não indica a extinção do Direito Penal, constitui sim em uma ponderação sobre o equilíbrio dos extremos. O objetivo utilitário da pena, nesse sentido, poderá ser alcançado apenas por meio da máxima felicidade, dividida pelo maior número possível de pessoas, sejam essas não desviantes ou desviantes.

Cesare Beccaria (2013) assevera que o fim primordial da sanção penal não é de flagelar ou martirizar o agente da infração, nem mesmo tem o condão de desfazer o mal praticado. Seu fim consiste, primordialmente, em impedir que o agente desviante cause novos danos, bem como de demover os demais cidadãos de agir de modo semelhante ou correlato.

Luigi Ferrajoli (2014) sustenta que o Sistema Garantista Penal exprime um critério humanista genérico, onde a pena não deve apenas servir para prevenir os delitos, mas sobretudo para precaver as punições injustas. Tutela assim não apenas o sujeito passivo, na mesma medida o sujeito ativo contras as reações adversas, tanto de ordem privada como pública.

O Direito Penal apresenta assim uma dupla função preventiva, representando uma prevenção geral dos delitos e uma prevenção geral das penas arbitrárias, a primeira função assinala o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Nessa ordem de ideias, coloca-se em posição, diametralmente, oposta a violência e a justiça. Essa última deve representar um conjunto harmônico de normas e de princípios que permitem a manutenção da paz social, sem, contudo, abalar ou ferir as garantias individuais e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Pode-se dizer que corresponde a uma dupla finalidade preventiva, identificando-se por intermédio por meio do impedimento ao exercício das próprias razões, ou de modo mais abrangente com a minimização da violência em sociedade. A lei como um todo tem por propósito natural minimizar a violência social e institucional, por meio de sua posição proibitiva ao exercício das próprias razões que o delito pode expressar.

Luigi Ferrajoli (2014) ensina que o objetivo maior do Direito Penal não deve ficar restrito a defesa social dos interesses constituídos, contra a ameaça que os delitos representam, pelo contrário, deve se estender à proteção do fraco contra o forte, que na hipótese da infração representa o réu e na vingança se apresenta a vítima.

O Garantismo Penal representa, pois a tutela dos valores ou dos Direitos fundamentais, dos quais depende a satisfação mesmo que contra os interesses da maioria. Constitui assim o objetivo justificante do Direito Penal como ato normativo na solução aos conflitos em razão de condutas desviantes.

A ideia do Direito Penal como forma de se socorrer o direito tanto dos não desviantes, como dos agentes de delitos, possui correlação com o pacto social incorporado pela

modernidade. O Estado de Direito sob o mote de propiciar a ordem e a harmonia na sociedade toma para si o monopólio da violência para promover a submissão e a solução dos conflitos.

Existe nesse exato ponto uma correlação direta entre o Garantismo e a intervenção penal mínima, nos quais os direitos fundamentais assumem uma dupla função. A primeira função corresponde à negativa, ou seja, limita a intervenção penal, a segunda condiz à positiva em termos de definição do objeto penal.

De onde se conclui que somente as lesões que possam causar perigo ou ofensa aos direitos fundamentais é que dão azo a existência ou a justificação das proibições penais devendo os demais conflitos sociais serem deliberados fora do âmbito penal.

O Princípio da Utilidade Penal justifica por si só a limitação da esfera das proibições penais em conformidade com a função preventiva da pena, de modo que apenas às ações reprováveis por seus efeitos lesivos aos não desviantes justificam sua aplicação. A lei penal, via de regra, tem a obrigação de precaver os mais pesados custos individuais, representados pelos efeitos danosos da lei. O princípio axiológico da separação entre o Direito e a moral proposto por Luigi Ferrajoli (2014) torna inadequado a proibição penal de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo alterados, cujas lesões não afetem diretamente os direitos fundamentais do cidadão ou da sociedade.

Não se pode negar que a intervenção punitiva do Estado representa a técnica de controle social mais gravosa à liberdade e à dignidade humana, exigindo que dela se recorra apenas e tão somente como última alternativa. As únicas proibições penais justificadas serão aquelas cuja necessidade se apresente como inafastável ou como última alternativa viável à solução do conflito, correspondendo às proibições mínimas necessárias.

O Princípio da Lesividade impõe ao Direito Penal o ônus de demonstrar a sua real necessidade, sendo assim a versão liberal da utilidade penal, como mínima restrição necessária, estabelece seus parâmetros e alcances. Torna-se lícito vincular o legislador a máxima missão do Direito, de fazer compatíveis entre si, as liberdades de cada um.

Luigi Ferrajoli (2014) estabelece como critério de justiça e de intervenção mínima do Direito Penal 3 (três) critérios orientados à uma política de tutela máxima de bens, com a mínima utilização das proibições e das sanções.

O primeiro critério relaciona-se a justificação das proibições somente quando se guiar ao impedimento de agressões concretas, em desfavor de bens de natureza fundamental. O segundo corresponde às proibições não só estarem dirigidas à tutela de bens jurídicos, mas

que esses devem ser idôneos. O Princípio da Utilidade e o Princípio da Separação entre o Direito e a moral, obrigam a considerar injustificada toda proibição da qual não derive a necessária eficácia intimidatória.

O terceiro critério constitui uma das tarefas mais importantes à atual reflexão filosófico-penal, verdadeira base de um (re)pensamento radical da natureza da pena. Luigi Ferrajoli (2014) apresenta um sistema novo de penas alternativas às vigentes aptas a satisfazer o duplo fim do Direito Penal, dentro de uma perspectiva de racionalização de minimização do sistema sancionador. Uma política penal de tutela de bens tem sua razão apenas quando subsidiária de uma política minimalista na proteção dos bens que representam os direitos fundamentais do cidadão e da sociedade.

No Sistema Garantista Penal proposto por Luigi Ferrajoli (2014) não é possível considerar uma ação como infração penal se esta não estiver calcada na culpa consciente do agente desviante. A punibilidade dos atos intencionais constitui um irreparável elemento do sentido comum de justiça. Desse modo, o autor apresenta 3 (três) elementos que constituem condições de responsabilidade no modelo penal garantista, quais sejam, a personalidade, a imputabilidade e a intencionalidade.

O Princípio da Culpabilidade garante assim a possibilidade de planejar e prospectar o futuro, por meio de um sistema penal que inclua uma responsabilidade em perspectiva com a subjetividade do ato praticado, assumindo um risco que os sistemas antiliberais procuram não correr. A responsabilidade e a culpabilidade são critérios de natureza jurídica e política que devem ser analisados conforme cada caso, a fim de afastar a generalidade dos conceitos abarcados pelo Direito Penal.

O referido princípio relaciona-se com as ações culpáveis como as únicas passíveis de ser não somente o objeto de reprovação da norma penal, como de prevenção do sistema punitivo, mas pelo fato de serem coerentemente proibidas. Relaciona-se a subsidiariedade do Direito Penal ocorrendo uma real possibilidade de se programar a aplicação de uma solução intermediária, sem a necessidade da imposição da sanção penal.

Já no que toca a questão delicada alusiva ao Direito Penal e Processual Penal, a prisão preventiva, Luigi Ferrajoli (2014) assevera que mesmo ante a admissão da prisão antes do julgamento, qualquer que seja o fim que lhe queira atribuir, haverá uma contradição ao Princípio da Submissão à Jurisdição. Toda prisão ofende o sentimento comum de justiça, sendo compreendido como arbitrário, que remete ao medo quem a sofre perdendo a confiança

que o Direito deve apresentar. No pensamento de Luigi Ferrajoli (2014) não há como dizer que na prisão preventiva inexistente uma incompatibilidade entre o Princípio da Presunção da Inocência e a finalidade de prevenção e de defesa social.

Poderiam existir 2 (duas) finalidades para justificar a prisão preventiva, segundo o autor italiano, a primeira constituiria o perigo de deterioração das provas e, a segunda o perigo de fuga do acusado. Haveria então uma circularidade do raciocínio quando postulado que, a temida fuga pudesse acontecer. Segundo Luigi Ferrajoli (2014) o perigo de fuga seria provocado mais do que pelo medo da pena propriamente dita, mas em relação ao medo da própria prisão preventiva.

Quanto a fuga do acusado, haveria *a priori* 3 (três) considerações circunstanciais. A primeira relaciona-se ao uso de dispositivos eletrônicos de monitoramento, onde em uma sociedade informatizada e integrada em nível internacional, não haveria a possibilidade de uma fuga definitiva do acusado.

A segunda, diz respeito a clandestinidade que o acusado seria forçado a viver, o que por si só já seria uma pena gravíssima. Por fim, na hipótese de que da fuga não restassem rastros do imputado, ela teria alcançado o efeito de neutralizar, para os fins da prevenção do Direito Penal.

A única necessidade processual que pudesse então justificar uma coação momentânea seria satisfeita pela condução coercitiva do acusado à frente do magistrado. De modo a permitir, a contestação do fato e a realização das primeiras defesas, sem adulterações anteriores.

Ainda, só se justificaria a prisão preventiva nos processos de crimes de gravidade acentuada, com fundamento em exigências instrutórias motivadas. Nesse caso, a abolição da prisão preventiva, seria favorecida e tanto mais fácil de ser eliminada, quanto mais aceleradas fossem as fases do processo.

Sem a necessidade da prisão preventiva aliada a redução dos prazos processuais, proporcionaria um verdadeiro aumento da segurança e da eficiência judicial eliminando, pois o medo e permitindo dentro da razoabilidade a supressão do cárcere sem processo.

Outro ponto importante consignado por Luigi Ferrajoli (2014) constitui a viabilidade de se conectar a punição e a conduta desviante, a fim de se permitir a verdadeira compreensão do porque da sanção penal. Impor uma sanção ao agente, logo após a prática delitiva ou

próxima da mesma, autorizaria a conexão racional entre a lesão e a retribuição, trazendo a máxima certeza de que o mal aplicado se relaciona ao desvio de conduta.

Essas constituem as linhas mestras ou os parâmetros gerais do Sistema Garantista pensado por Luigi Ferrajoli (2014) que tem por finalidade, não a única, de lastrear a promoção de um Direito Penal mínimo, limitando sua atuação nos conflitos onde os bens jurídicos em jogo sejam direitos fundamentais do cidadão e da coletividade e, também, quando não existir de forma alguma alternativa jurídica razoável e capaz de dar solução ao problema e assim garantir a paz social.

No que diz respeito ao tipo penal, objeto de estudo deste trabalho, verifica-se a deserção como um crime propriamente militar, ou seja, seu agente invariavelmente será o militar em situação de atividade, comumente designado militar da ativa. Esse delito consiste no ato de romper por vontade própria a ligação com a Força Militar, afastando-se dentro de certas circunstâncias de tempo da Unidade Militar que esteja lotado.

Nos termos do artigo 22 do Código Penal Militar o sujeito ativo da deserção consiste em qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, esteja incorporada às Forças Armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.

Quando um militar pratica o delito de deserção, vários aspectos jurídicos são interligados, não há como se definir por si próprio, exige uma complementação de natureza administrativa, envolvendo critérios legais que deverão ser examinados e apresentados pela Administração Militar.

O delito em comento tutela 2 (dois) bens jurídicos, quais sejam, o dever e o serviço militares. Quando o militar deserta não deixa apenas de comparecer à Unidade Militar que está lotado, despreza os valores militares e a sua importância como membro ativo de determinada Organização Militar. Pode-se até dizer que de certa maneira desconsidera a promessa de preservar a segurança do pessoal militar e civil da Unidade Militar que está lotado, bem como dos meios administrativos e operativos colocados sob sua tutela.

A deserção apresenta 2 (duas) classificações essenciais, delineadas no Código Penal Militar, a primeira quanto à hierarquia ou a estabilidade e a segunda quanto ao tipo penal. Em relação a primeira classificação encontra-se a deserção de oficial e da praça com ou sem estabilidade funcional. Na segunda verifica-se a deserção comum, os casos assimilados a deserção, a deserção especial e a deserção por evasão ou fuga. Existem, ainda, outros tipos

penais relacionados à deserção, sendo esses, o concerto para deserção, o favorecimento de desertor e a omissão de oficial.

A deserção quanto à hierarquia está relacionada, especificamente, ao trâmite processual, de um lado, em relação ao oficial, de outro, em relação à praça. O oficial que desertar será agregado permanecendo nessa situação funcional, não alterando sua condição, mesmo que se apresente ou for capturado, até decisão transitada em julgado.

Na deserção do oficial, tanto na sua apresentação voluntária como na sua captura pela equipe de segurança não constitui condição essencial para a feitura da ação penal. Não há, pois a condição essencial à propositura da ação penal militar, ou seja, não haverá condição de procedibilidade alguma.

Em sentido contrário, na deserção da praça com ou sem estabilidade funcional, haverá a exclusão do agente do serviço ativo. Na praça estável ocorrerá a agregação e para a praça sem estabilidade haverá a exclusão, pelo desligamento do serviço ativo, passando a condição de civil.

Na hipótese de apresentação voluntária ou captura da praça, com ou sem estabilidade funcional, faz-se necessário a reinclusão ao serviço ativo, todavia, no caso da praça sem estabilidade, logo após ter sido declarada apta ao serviço militar, ou procedida à reversão da praça com estabilidade. Assim, no caso da praça, com ou sem estabilidade funcional, não haverá o oferecimento e o recebimento da denúncia antes da apresentação voluntária ou da captura e a reversão ao Serviço Ativo não havendo, pois o processo judicial.

Reforça-se que, tanto o oficial como a praça com estabilidade não serão excluídos de sua respectiva Força Militar permanecendo vinculados à mesma. Todavia, no caso do oficial esse permanecerá na situação de agregado até a decisão transitada em julgado, e na hipótese da praça com estabilidade ocorrerá sua reversão ao serviço ativo, constituindo condição de procedibilidade à propositura da ação penal militar.

A praça sem estabilidade enquanto trânsfuga será excluída do serviço ativo passando à condição de civil, não preenchendo o requisito de procedibilidade. Faz-se necessário sua reinclusão à Força Armada a qual pertencia, sendo factível apenas se estiver em condições físicas e mentais adequadas às atividades militares que irá desempenhar.

Quanto ao tipo penal o Código Penal Militar apresenta um rol de deserções que se assemelham, por um lado, quanto ao critério objetivo do delito no que se refere ao período de afastamento injustificado do militar da Unidade Militar que esteja lotado ou do local que deva

permanecer, por mais de 8 (oito) dias, por outro, traz situações específicas em que esse delito poderá ocorrer.

A deserção comum apresenta a modalidade básica do delito em estudo, indicando o período necessário de ausência para que esteja configurado o crime em questão. O artigo 187 do Código Penal Militar define a deserção como o fato do militar, oficial ou praça com ou sem estabilidade funcional que, sem autorização legal, ausenta-se da Organização Militar em que serve, ou do local onde deveria permanecer, por tempo superior a 8 (oito) dias, ou mesmo, se estiver legalmente ausente, deixa de se apresentar, nesse mesmo prazo, depois de cessado o motivo legal do afastamento.

Esse tipo penal estabelece um período além do qual há configuração da deserção comum, sendo este fixado em 8 (oito) dias. Antes deste prazo o militar não estará em prática delitiva, mas sim em conduta infracional disciplinar. Não restará, portanto nenhuma consequência penal militar ao agente denominando-se o período entre os 8 (oito) dias de ausência ilegal ou período de graça.

O artigo 188, do Código Penal Militar, prevê ainda casos assemelhados à deserção. Compreende 4 (quatro) modalidades a saber, que não diferem da deserção comum senão pela exemplificação das situações hipotéticas, que ela poderá ser praticada.

Segundo o artigo acima referendado, na mesma pena, imposta a deserção comum incorrerá o militar que (i) não se apresenta no lugar designado, dentro de 8 (oito) dias, findo o prazo de trânsito ou férias; (ii) deixa de se apresentar a autoridade competente, dentro do prazo de 8 (oito) dias, contados daquele em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou que é declarado o estado de sítio ou de guerra; (iii) tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do prazo de 8 (oito) dias; e (iv) consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade.

A última hipótese elencada no inciso IV do artigo 188 do Código Penal relacionada à exclusão do serviço ativo, por simulação de incapacidade, não ocorrerá à lavratura do respectivo termo de ausência. O respectivo termo de deserção será lavrado tão logo for conhecida a fraude, mesmo que o agente esteja presente ao ato.

Deve ser considerada como significativa diferença entre essa última hipótese e a deserção comum até então abordada. Observa-se que não há necessidade do afastamento por mais de 8 (oito) dias, mas a simples constatação da simulação de inatividade ou a criação de incapacidade para o serviço ativo de modo fraudulento.

Trata-se de um crime a semelhança do estelionato, onde o agente induz ou mantém a administração militar em erro, mediante artifício, artil ou qualquer outro meio fraudulento, obtendo para si vantagem ilícita com a agravante de ferir o serviço e o dever militares.

Por sua vez, a deserção especial estatuída pelo artigo 190 do Código Penal Militar, ocorre quando o militar deixa de se apresentar no momento da partida do navio ou da aeronave, de que é tripulante, ou do deslocamento da Unidade ou Força em que serve. Nessa modalidade não existe o prazo de graça, ou seja, não é necessário que esteja afastado por mais de 8 (oito) dias. Ao contrário, ocorre exatamente, quando o militar deixa de se apresentar na partida ou deslocamento nas hipóteses previstas pelo artigo.

A deserção por evasão ou fuga, em linhas gerais não difere da deserção comum, quanto a questão de se estar ausente por mais de 8 (oito) dias. Todavia, acrescida à vontade de abandonar o Quartel, o agente foge da prisão quando está cumprindo de sanção penal ou disciplinar. Trata-se, pois de mais um caso equiparado à deserção comum, porém será necessário que a evasão ocorra de prisão, ou mesmo para se livrar da mesma.

Deixando as hipóteses de deserção propriamente dita, mas em razão da lesividade que o delito em si poderia trazer para o âmbito militar, o legislador penal militar julgou por bem relacionar a prática de alguns delitos específicos que, *a priori*, não estariam configurados como o ato de desertar, todavia, ao serem executados beneficiam, diretamente a figura do desertor.

O primeiro deles, o delito de concerto para deserção comporta 2 (duas) hipóteses, a primeira, se relaciona na conjuração do ato delitivo, permanecendo apenas no campo da preparação, sem a efetiva deserção. A segunda, compreende a deserção em concreto, assim após toda a elucubração de como será executado o delito, ele vem a se concretizar.

A segunda, no que toca ao delito de favorecimento a desertor o agente dá guarida ao desertor possibilitando ou auxiliando o transporte do militar, oferecendo até mesmo os meios para sua ocultação.

Por último, encontra-se o crime descrito como omissão de oficial, como o próprio nome diz o oficial deixa de proceder contra o desertor, sabendo ou devendo saber que se encontra entre seus comandados. Constitui verdadeiro favorecimento pessoal, exigindo a condição especial do sujeito ativo, qual seja, oficial na função de Comandante, pressupondo a qualidade de militar do agente.

Após breve descrição e interpretação legal da deserção e dos crimes respectivamente relacionados a esse tipo penal, com a finalidade de acurar a interpretação do tema, não fugindo ao propósito precípua deste estudo, buscou-se auxílio junto ao trabalho estatístico realizado pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Militar da União.

Tal auxílio se fez necessário para dar justificação prática na aplicação de uma teoria jurídica e filosófica que é o caso do Sistema Garantista não apenas pela análise de casos hipotéticos. Demonstrar tanto o perfil do desertor como também que a deserção tem sido o delito de maior incidência do âmbito militar não teve outro propósito, senão o de dar substancialidade no direcionamento dos esforços empreendidos.

O referido Centro realizou uma pesquisa de cunho institucional com o escopo de dimensionar tanto a quantidade, como quais são as condutas criminosas de maior incidência, colocadas sob a apreciação da Justiça Militar da União sem desprezar, contudo, o perfil do agente do delito.

A pesquisa demonstrou que o delito de maior incidência ocorridos entre o período de 2002 a 2012 foi a deserção, perfazendo um total de 4.720 (quatro mil setecentos e vinte) casos. Tal quantitativo representa um percentual próximo de 25% (vinte e cinco) por cento, em relação a todos os delitos autuados no período.

Como asseverado, um dos aspectos que mais chamou a atenção, em relação aos casos de deserção é que o percentual apresentado atinge o patamar de aproximadamente 50% (cinquenta) por cento em relação aos 3 (três) delitos, após a deserção, de maior incidência.

O quantitativo de deserções praticadas ao longo de quase 12 (doze) anos foi um dos fatores que estimularam a realização do presente trabalho, mas não o principal deles. Além do número exponencial demonstrado se levanta o foco, sobre o quantitativo de casos que efetivamente ocorreram o julgamento da deserção, bem como o próprio perfil do desertor.

Com base na análise dos dados pesquisados foi possível esboçar um perfil geral do desertor, sendo esses agentes: homem, cabo ou soldado, contando entre 20 e 24 anos de idade, solteiro, com até 1 (um) ano de serviço e com o ensino fundamental completo.

De posse desses todos esses dados foi possível conjecturar sobre a importância e a necessidade de transmutar a figura da deserção de crime para infração disciplinar - transgressão ou contravenção disciplinar -, sobre a justificativa dos critérios da efetividade, da celeridade, da proporcionalidade e da estrita necessidade.

Verificou-se que, tendo em vista que o Direito é uma construção de natureza eminentemente humana pode ele mesmo elaborar condições e critérios de justificação das normas, leis e regulamentos.

Constitui por assim dizer em um universo linguístico artificial que permite, em face da estipulação e da observância de técnicas apropriadas de formulação e de aplicação das leis aos fatos em análise, a fundamentação dos juízos em decisões do que seria a verdade.

O presente estudo não se propôs a apresentar uma proposta de abolição do delito de deserção, mas uma descriminalização parcial desse crime, tendo como base o Princípio da Economia do Direito Penal expresso no Axioma A3 de Luigi Ferrajoli, para indicar uma sincera reflexão sobre o tema. Não propriamente para expressar uma técnica punitiva, mas critérios de política minimalista, cuja satisfação esteja condicionada e não condicionante das garantias individuais ou coletivas.

Sendo assim, se apresentou razões de utilidade individual e coletiva que justificam a consideração da deserção não mais como infração penal, mas como infração disciplinar – contravenção ou transgressão militares. Entendeu-se que, no atual cenário jurídico e factual, o trato da deserção, como delito propriamente militar, constitui uma proibição penal injustificada.

Injustificada porque se apresenta (i) lesiva aos direitos individuais do agente; (ii) de execução excessiva no momento da condenação; (iii) desproporcional em relação à lesão provocada; (iv) por tutelar bens jurídicos que não constituem direitos fundamentais individuais ou coletivos e, (v) por ser convenientemente substituível por uma proibição administrativa.

Não se procurou discutir se o desertor caso condenado deve ou não se sujeitar a uma pena privativa de liberdade, mas se essa condenação trará algo de útil à Organização Militar, além da segregação absoluta do seu componente, uma vez que, a pena deve ter como propósito a coesão do sistema social, em face de sua capacidade de restabelecer a confiança abalada pelas infrações praticadas, portanto, renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições.

Converter a deserção em infração disciplinar traz a oportunidade para ambas as partes, desertor e Força Armada, balancearem os prós e os contras na atividade de apuração do ato infracional. Dar-se-ia a oportunidade do militar se justificar, com o apoio de defesa jurídica e

militar, por meio da atuação conjunta do advogado e de superior hierárquico, face a especificidade da questão.

A pena destinada à deserção supera a violência informal produzida pelo delito, uma vez que, está se tratando de um ato infracional em tempo de paz não a frente do inimigo, bem como porque a ausência do militar corresponde, numericamente, a uma entre as centenas de dezenas de militares dentro da respectiva Unidade Militar.

A reprimenda destinada à deserção não tem demonstrado, a princípio, eficácia alguma no afastamento da prática delitiva. O estudo estatístico elaborado pelo Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal Militar demonstrou que a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos não apresenta gerenciamento algum no afastamento da prática delitiva. Prova cabal disso é que nos últimos 12 (doze) anos a deserção tem sido o delito de maior incidência nos Quartéis brasileiros.

A sanção penal imposta ao desertor tem se demonstrado, pelo contrário, desumana e não gradual, face aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Tendo em vista, que o ordenamento jurídico brasileiro não expressa qualquer proibição e sanção alternativa fundada nos Princípios da Economia do Direito Penal ou da Necessidade.

Considerando que a intervenção punitiva constitui uma técnica de controle social da mais gravosa e lesiva à liberdade e a dignidade dos cidadãos, o Princípio da Necessidade exige que dela se recorra apenas como última alternativa. Sendo assim, em tempo de paz, a lesão produzida pelo desertor não justifica por si só a aplicação de uma sanção penal.

Os bens tutelados pela deserção, em tempo de paz, serviço e dever militares não podem ser tidos como direitos fundamentais individuais ou coletivos. Não se inter-relacionam, portanto, com nenhum direito que garanta as condições mínimas necessárias à manutenção e ao desenvolvimento do ser humano.

A doutrina de justificação externa das proibições penais contém um viés de natureza política, cercado por contornos de política minimalista, postulando a correspondente prevenção dos crimes e a justificação externa da pena.

O Direito Penal segundo Luigi Ferrajoli (2014) deve ser utilizado como sistema de controle social, somente quando os bens tutelados são tipicamente de Direito fundamental. Não há como menosprezar a importância ou relevância dos bens tutelados pela deserção, mas também, não há como categorizá-los como Direitos fundamentais, por não se relacionarem com a dignidade da pessoa humana.

Segundo o autor italiano os direitos fundamentais são caracterizados por fomentar o respeito à identidade e a dignidade da pessoa, tanto como direitos de liberdade, como direitos à autonomia civil e política, ou seja, constitui profícua valorização de todas as diferenças de identidade.

Poder-se-ia até consignar que, o serviço e o dever militares estariam vinculados a questão da segurança pública, estando assentada aí a função primordial das Forças Armadas. Sem embargo, a problemática aqui trazida, diz respeito ao delito praticado, em tempo de paz, onde nem a segurança interna, compreendendo esta a garantia da lei e da ordem, nem mesmo a garantia externa, a soberania nacional estariam ameaçadas.

Não se deve punir um militar, somente para satisfazer a vontade ou o interesse do Comando da Unidade Militar que o desertor estava lotado, ou para servir de exemplo para os demais, a fim de que se afastem dessa prática delitiva.

A punição deve ser proporcional ao prejuízo provocado, não se deve perder de vista as garantias individuais do desertor, a fim de que o problema seja tratado com tolerância à desviação, sem estreitar, como consignado, a justiça às raias da prevaricação.

O Princípio da Lesividade equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, seguro à autorizar uma redução da intervenção penal ao mínimo necessário, reforçando, com isso, sua legitimidade e credibilidade. Pode-se assegurar que um sistema penal, somente se justificará, se a soma das violências provocadas pelos delitos, das vinganças e punições arbitrárias, forem superiores a sanção propriamente dita.

Os militares que presenciaram a deserção, Comando e tropa, não desejam a inafastável prisão do desertor, pretendem ver, pelo contrário, que as autoridades competentes tomem as medidas necessárias à apuração, atendendo a 2 (dois) critérios essenciais, a celeridade e a proporcionalidade.

A pena deve ser justificada como mal menor, comparando-a com outras alternativas regulatórias que o Direito apresenta. A exclusividade estatal do poder punitivo será tanto mais justificada quanto mais baixo for o custo que a sociedade suportará na aplicação do Direito Penal, para isso ocorrer deve-se levar em conta a relação entre prejuízo causado pelo agente do delito e a necessidade ou não da aplicação do controle penal.

Orientar o Direito Penal Militar à sua natureza subsidiária, como defensor dos direitos fundamentais, aponta para uma solução alternativa, ao problema. De modo que, os conflitos sociais, possam ser resolvidos por outros instrumentos legais.

A aplicação de uma norma regulamentar, de natureza disciplinar, para os casos de deserção representa uma alternativa justa e eficaz consistindo, assim, a pena disciplinar um mal menor frente à lesão produzida em desfavor da Unidade Militar.

A população de desertores, conforme apontado pelo estudo estatístico de lavra do Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal Militar consiste em uma massa de jovens que contam em média com 20 (vinte) anos de idade. Sem a mínima e a necessária condição de compreender, os efeitos deletérios da deserção, em face do serviço e do dever militares que constituem os objetos jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar.

Nesses casos, quando o militar deserta não o faz com o pleno intuito de causar prejuízo ao serviço e ao dever militares. Deserta porque está insatisfeito com o soldo que percebe, ou porque quando adentrou as fileiras militares contava encontrar aventuras, desafios ou viagens, sendo abraçado pela realidade dos Quartéis que na maioria das vezes está embasada por uma rotina pautada pela disciplina irrestrita e pelo trabalho de cunho rotineiro.

A deserção nesses casos, reflete mais uma imaturidade do jovem militar aliado a rápida instrução e ao curto convívio militar que não autorizam uma compreensão plena da deserção, frente aos valores militares.

Ora, o entendimento do Princípio da Culpabilidade, sob o prisma Garantista, não vincula a aplicação da lei apenas porque em vigor, mas especialmente porque fincada em fundamentos políticos externos que autorizem a percepção política-jurídica da responsabilidade e da culpabilidade.

A idade, a formação cultural e curricular, a composição sócio-econômica dos atuais desertores, inseridos num contexto de normas e de rigor militares, asseguram que o ato em si, representa mais um reflexo de sua participação no seio social.

Nada diferente do que se apresenta o jovem militar enquanto cidadão fruto do contexto social que, comparado ao âmbito militar tem afrouxado os liames de comprometimento e de responsabilidade.

Naturalmente que o desertor deve ser responsabilizado pelos seus atos, mas a nível disciplinar, com o propósito não só de punir, mas de aplicar uma medida equalizada por parâmetros de reeducação social e de retribuição equitativa ao ato praticado e ao prejuízo perpetrado.

A sujeição do desertor a um processo administrativo disciplinar proporcionará uma reflexão adequada, dentro da maturidade social que o jovem desertor apresenta. Além de

impor uma responsabilidade administrativa ao desertor e dar uma satisfação legal à comunidade militar, a fim de se preservar a segurança jurídica, apresenta também o propósito de moldar seu caráter, em conformidade com o meio militar, não sendo necessário para isso a aplicação de uma inafastável condenação penal.

Por um lado, a punição ideal será aquela que se apresentar inteligível a infração que se pretende sancionar, por outro, será tanto mais perceptível se for aplicada dentro de parâmetros de tempo que autorizem a compreensão da conexão entre o ato infracional e o retributivo disciplinar.

Em termos atuais, levando em consideração o tempo entre a deserção praticada, sem contar com o período que o desertor esteve ausente, e o tempo que a Justiça Militar da União leva para, processar e julgar o desertor, não é possível assegurar que tanto o desertor como os demais componentes da Unidade Militar possam interligar o ato desviante com a pena aplicada.

Naturalmente, a sanção penal além de reprimir necessita atingir a consciência coletiva, de modo que, tanto a proibição como a penalização, expressos pela pena aplicada ao condenado, circulem tão rápida e largamente que ocorra uma compreensão correta do ato coercitivo patrocinado pelo Poder Público.

A massa de militares condenados pela Justiça Militar da União, em razão da prática de deserção tem sido, via de regra, pela pena de 6 (seis) meses de detenção, pena mínima estipulada pelo Código Penal Militar ao delito em questão.

Além da condenação se operar muitos meses após a prática delitiva, considerando que os desertores, ao se apresentarem ou serem capturados, permanecem presos, preventivamente, pelo prazo máximo de 2 (dois) meses e levando em conta o indulto natalino, muitos dos condenados não cumprem o restante da pena, se valendo do instituto da extinção da punibilidade, pela concessão do Indulto Presidencial.

A adoção de um procedimento disciplinar militar, pelo contrário, apresenta um tempo adequado de resposta que permite a compreensão precisa pela comunidade militar e pelo próprio desertor do ato de deserção e a punição aplicada.

A punição do desertor não deve ser encarada apenas como retributivo mecanizado, mas fruto de uma política minimalista penal raciocinada e embasada por critérios equitativos e educativos, ante a busca de uma solução justa e eficaz. A sanção endereçada à deserção deve ser enxergada como atributo de uma inteligência política e jurídica, orientada por

fundamentos racionais da compreensão e da respectiva retribuição a infração praticada, como propósito seguro, equitativo e educativo da sociedade que se pretende organizar.

Sendo assim, pode-se afirmar que a deserção, em tempo de paz, como disposta no Código Penal Militar não atende aos fins a que se propõe – reeducação, prevenção, repressão e retribuição -, no caso específico, dar uma resposta segura, precisa e célere ao problema, de modo a permitir tanto a garantia dos direitos individuais do desertor, como a segurança jurídica esperada pela comunidade militar. Muito embora o tipo penal atenda aos critérios legais de vigência, fruto do cumprimento das formalidades estabelecidas pelos preceitos constitucionais deixa de observar aos critérios de validade ou substancialidade da norma.

Primeiro, porque os bens juridicamente tutelados, dever e serviço militares, não devem ser considerados como direitos fundamentais. Segundo, face ao longo tempo que se leva da autuação do delito até a resposta final da Justiça Castrense, que não permite o cognitivo entre a ação e a punição, seja do próprio desertor como da respectiva comunidade militar. Terceiro, pois o atual perfil do desertor não aponta para que a pratica do crime seja, especificamente, em face do dolo de macular o dever e o serviço militares, mas sim em razão e em reflexo de uma imaturidade latente. Quarto, diante da efetiva lesão produzida pela deserção não autorizar a aplicação de uma sanção penal de 6 (seis) meses a 2 (anos) de detenção, sem direito ao *suris*, como equivalente retributivo, equalizado ao mal perpetrado.

Por fim, destaca-se o trabalho estatístico realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal Militar que demonstrou, categoricamente, que ao longo de 12 (doze) anos, o delito de deserção tem constituído a infração penal de maior incidência nos Quartéis brasileiros. Destacando-se por mais um indicativo de que o Código Penal Militar, na questão do delito em comento, não encontra respaldo para justificar sua manutenção, requerendo assim uma revisão legislativa, de modo que a ação desviante seja tratada como infração disciplinar – contravenção ou transgressão disciplinares -, a luz dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas.

Esse trabalho representa, pois o primeiro passo no trato do tema, que aborda a teoria do minimalismo penal propugnado por Luigi Ferrajoli (2014) dentro da esfera do Poder Judiciário Militar da União e das Forças Armadas. Consiste numa análise sobre a perspectiva filosófica-jurídica do problema visando permitir a abertura do campo de discussão, seja no interior das Forças Armadas como no Poder Judiciário, ou mesmo no conjunto das 2 (duas) instituições.

Outros delitos poderiam adentrar na análise dispensada a deserção, mas esse não foi o propósito do trabalho. Pretendeu-se alinhar, num primeiro momento, a reflexão acadêmica sob o delito de maior incidência nas Forças Armadas, para além da conjectura doutrinária-filosófica, se autorizasse também uma interpretação pragmática do tema, como proposta de sustentabilidade e solução equalizada do assunto.

Sendo assim, encerra-se o presente trabalho amalhando conhecimentos filosóficos e jurídicos na esperança de que autorizem novas discussões, no mais célere tempo possível, tanto em relação à deserção propriamente dita, como em relação aos demais delitos militares. Para tanto, se deseja que os acadêmicos, os profissionais de Direito, o Ministério Público Militar, a Magistratura Militar e as Forças Armadas se debrucem sobre o tema, para que o Direito Penal Militar se torne um instrumento moderno destinado apenas a aplicação de casos, cuja necessidade, o torne inafastável.

Em contrapartida, de que o Direito Disciplinar Militar possa dar também sua justa e eficaz contribuição no controle das relações sócio institucionais e, principalmente, na garantia dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. Guilherme Rocha, Ricardo Freitas. *Direito penal militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, 1437 p.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2014, 1131 p.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. trad. J. Cretella Jr. e Adnes Cretella. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 160 p.

BICUDO, Tatiana Viggiani. *Porque punir? Teoria geral da pena*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 198 p.

BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 925 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Decreto nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 7 jun. 2016.

_____. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. Decreto nº 8.615, de 23 de dezembro de 2015. Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8615.htm> Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966. Regulamento da Lei do Serviço Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57654.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. Decreto nº 71.500, de 5 de dezembro de 1972. Dispõe sobre o Conselho de Disciplina e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d71500.htm>. Acesso em: 27 mar. 2016.

_____. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975. Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76322.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983. Aprova o Regulamento Disciplinar para a Marinha e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=105003>>. Acesso em: 27 mar. 2016

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002Compilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2016.

_____. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4375.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. Lei 5.836, de 5 de dezembro de 1972. Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5836.htm>. Acesso em: 27 mar. 2016.

_____. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l6880compilada.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. Lei nº 8.041, de 5 de junho de 1990. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8041.htm> Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. Lei nº 9.519, de 26 de novembro de 1997. Dispõe sobre a reestruturação dos Corpos e Quadros de Oficiais e de Praças da Marinha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9519.htm> Acesso em: 2 abr. 2016.

_____. Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001. Dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, altera as Leis nºs 3.765, de 4 de maio de 1960, e 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2215-10.htm>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal Militar. *Regimento interno do Superior Tribunal Militar (RISTM) e Súmulas*. 8. ed. cons. e atual. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2015, 269 p.

CAROLLO, João Carlos. *Garantismo penal: o direito de não produzir prova contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade*. Curitiba: Juruá, 2013, 194 p.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, 264 p.

COMANDO DO 7º DISTRITO NAVAL. *A presença da Marinha no Centro-Oeste*. Disponível em: < <https://www.mar.mil.br/com7dn/index.html> > Acesso em: 08 nov 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. trad. Alexander Araujo e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 254 p.

_____, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Altamirano: Editorial Trotta, 1995, 991 p.

_____, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 925 p.

_____, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Moraes da Rosa...* [et al.]; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 260 p.

_____, Luigi. *GARANTISMO: uma discussão sobre direito e democracia*. Alexander Araujo de Souza. Prefácio e tradução. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, 95 p.

_____, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Alexandre Moraes da Rosa [et al.]. (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 260 p.

_____, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porta Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, 122 p.

_____, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. [tradução Alexander Araujo de Souza]. São Paulo: Saraiva, 2014 - (coleção saberes críticos), 79 p.

FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Alessandra G. B. Pereira Lorenzo...[et al.]; (organizadores) Bruno Calabrich, Douglas Fischer, Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, 520 p.

JOBIM, Nelson. *A prescrição no crime militar de deserção*. Direito Militar: doutrinas e aplicações. Dirção Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, 964 p.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. 3. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, 598 p.

LORENZO, Alessandra Gabriella Borges Pereira. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Alessandra G. B. Pereira Lorenzo...[et al.]; (organizadores) Bruno Calabrich, Douglas Fischer, Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, 520 p.

MILITARY POWER REVIEW. Principais Forças Armadas do Mundo. Disponível em: <<http://www.militarypower.com.br/mundo.htm>>. Acesso em: 21 abr 2016.

MINISTÉRIO DA DEFESA. EXÉRCITO BRASILEIRO. *Conheça o seu Exército: CFSol/8º BIS*. Disponível em: < http://www.eb.mil.br/web/midia-imprensa/noticiario-do-exercito/-/asset_publisher/IZ4bX6gegOtX/content/conheca-o-seu-exercito-cfsol-8-bis-sel-va->. Acesso em: 8 nov 2016.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar* / Cícero Robson Coimbra Neves, Marcello Streifinger. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 1580 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense 2014, 590 p.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Atividade jurisdicional sob o enfoque garantista*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005, 147 p.

PCCRIM (Pesquisa institucional sobre condutas criminosas de maior incidência para a JMU) / Superior Tribunal Militar. Brasília, 2015.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, 192 p.

RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, 203 p.

ROSSSETTO, Enio Luiz. *Código penal militar comentado*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 1213 p.

ROTHENBURG, Walter Claudios. *Comentários à Constituição do Brasil* / J. J. Canotilho... [et al.]. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2379 p.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA. Biografia Dr. Luigi Ferrajoli. Disponível em: < http://www.unlp.edu.ar/articulo/2011/4/15/luigi_ferragoli_honoris_causa> Acesso em: 2 set. 2016.

VÁZQUEZ, Rodolfo. ITAM. *Seminario Luigi Ferrajoli*. Disponível em: < http://seminarioluigiferrajoli.itam.mx/archivos/acerca_luigi_ferrajoli/Acerca_de_Luigi_Ferrajoli.pdf> Acesso em: 2 set. 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano Suxberger. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 185 p.